Función Pública

Sentencia 00305 de 2018 Consejo de Estado

SALA DE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., dieciocho (18) de enero de dos mil dieciocho (2018).

Rad. No.: 19001-33-31-000-2011-00305-01 (1733-2016)

Demandante: JUVENCIO CHILITO CHILITO.

Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DECRETO 01
DE 1984

La Sala de Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación presentado por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en contra de la sentencia de fecha diez (10) de septiembre de dos mil quince (2015) proferida por la Sala de Decisión 005 del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

El señor JUVENCIO CHILITO CHILITO, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó lo siguiente:

«PRIMERO.- Declare la Nulidad de la Resolución No. (sic) 2885 de 30 de noviembre de 2010 mediante la cual resolvió: PRIMERO ACLARAR la resolución 621 de Marzo (sic) de 2010, en el entendido que el valor liquidado por concepto de cesantía parcial a favor de JUVENCIO CHILITO CHILITO, identificado con e.e. No. (sic) 10.320.188 de Bolívar Cauca, es de VEINTE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS PESOS ($20.452.400), del cual se giraran (sic) DIECIOCHO MILLONES NOVECIENTOS ONCE MIL DOCIENTOS CINCUENTA PESOS M/CTE ($18.911.250.oo), por concepto de cesantías parciales por reparaciones locativas ARTÍCULO SEGUNDO: Descontar por concepto de embargos, de acuerdo a lo manifestado por el Juzgado Promiscuo de Familia de Bolívar Cauca, el 12.5% a favor de la menor SONEIRA ENRIQUEZ GÓMEZ, y el 12.5%, a favor de LUCERO GÓMEZ ORDÓÑEZ, valores que se depositarán en la cuenta No. (sic) 1910 02034001 del Banco Agrario de Colombia en el municipio de Bolívar Cauca o en depósito judicial.- ARTÍCULO SEGUNDO (SIC). Las demás estipulaciones (sic) de la resolución No 621 de 09/03/2010, continúan como señalaron

SEGUNDO.- Como consecuencia de las decisiones precedentes que se tome a título del Restablecimiento de Derecho en que ha sido lesionado mi mandante, se ordenarán estas o semejantes:

El Departamento del Cauca - Secretaría de Educación, Representado (sic) Legalmente (sic) por el señor Gobernador del Departamento del Cauca o quien haga sus veces al momento de notificación de la demanda, restablecerá el derecho de Juvencio Chilito Chilito identificado con C.C. No. (sic) 10.320.188 de Bolívar Cauca, dejando en firme la resolución No. (sic) 621 de 9 de marzo de 2010, mediante la cual se declaró que como docente el actor ha laborado desde el año 1983 hasta la fecha en forma continua y permanente, que como consecuencia de ello y al no haberse solicitado el traslado de sus cesantías a fondo diferente tiene derecho a que su liquidación se adelante con el retroactivo correspondiente desde el 10 de mayo de 1983, teniendo en cuenta que hasta la fecha no se ha hecho retiro alguno en forma parcial de sus cesantías, determinando su continuidad y permanencia en el cargo de Docente (sic) desde el 10 de mayo de 1983 hasta la fecha y se proceda a la cancelación de las cesantías parciales solicitadas, teniendo como base de cesantías parciales liquidadas el monto de $55.776.549.oo

TERCERO.- Reconózcame personería al tenor del memorial poder que acompaño» [1]

2. HECHOS[2]

Como hechos relevantes expuso los que a continuación se resumen:

2.1. El señor JUVENCIO CHIUTO CHILITO nació el 2 de mayo de 1956; se graduó corno bachiller pedagógico de la Escuela Normal Nacional Mixta de la Cruz, Nariño, el 21 de julio de 1982.

2.2. En el año 1983, fue nombrado corno docente en el primer grado de escalafón mediante Decreto 270 suscrito por el gobernador del DEPARTAMENTO DEL CAUCA, con funciones de director en la Escuela Rural Mixta de Nápoles, Municipio de Santa Rosa, del mismo departamento, en el cual se posesionó el 23 de mayo del mismo año.

2.3 El mencionado docente ascendió en el escalafón hasta llegar al grado 14 y fue nombrado en este último a través de Resolución 3538 de 9 de diciembre de 1999.

2.4. A través de derecho de petición de 26 de enero de 2006 radicado ante la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL CAUCA, solicitó que se expidiera constancia de su cargo y de la circunstancia de estar amparado bajo la Ley 91 de 1989 con derecho a cesantías retroactivas, debido a que laboró con el DEPARTAMENTO DEL CAUCA desde el 23 de mayo de 1983.

2.5. El 25 de abril de 2008 el grupo único de hojas de Vida, Registro y Control de la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca expidió certificación de tiempo de servicios donde determinó que el demandante estuvo vinculado desde mayo de 1983 hasta la fecha de expedición del certificado.

2.6. Posteriormente presentó una solicitud de reconocimiento y pago parcial de sus cesantías, la cual fue resuelta mediante la Resolución 870 de 21 de agosto de 2009. En la misma, la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA, tuvo en cuenta exclusivamente aquellas percibidas a partir de 1990, y determinó que el valor de las mismas era de $20.452.000, sin aplicación del régimen de retroactividad.

2.7. Frente a la anterior decisión interpuso recurso de reposición, porque consideró que se desconoció su vinculación laboral desde mayo de 1983 hasta la fecha de presentación del mismo y porque se omitió tener en cuenta que su situación personal se rige por lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, de lo cual se desprende su derecho a percibir cesantías retroactivas.

2.8. A través de la Resolución 621 de 9 de marzo de 2010, la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN del DEPARTAMENTO DEL CAUCA reconoció el error cometido y resolvió aclarar la resolución previa, reconociendo que el señor JUVENCIO CHILITO CHILITO, laboró desde el 25 de mayo de 1983 hasta el 30 de noviembre de 2007, por lo cual se tendrían en cuenta 8.828 días para efectos de la liquidación de las cesantías. Como consecuencia de ello, se determinó que el saldo de su cuenta ascendía a CINCUENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS CUARENTA PESOS M/CTE $55.776.540.oo, del cual se pagaría la suma de DIECIOCHO MILLONES NOVECIENTOS ONCE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS M/CTE ($18.911.250.oo), como anticipo de cesantías con destino a reparaciones locativas.

2.9. Pese a lo anterior, mediante oficio de 9 de julio de 2010, el coordinador del Fondo de Prestaciones Sociales le informó que no era posible cumplir con lo establecido en la Resolución 621 de 9 de marzo de 2010, pues la FIDUPREVISORA determinó que el monto establecido en la misma no coincidía con lo aprobado en la hoja de revisión expedida por la entidad, a lo cual agregó que existían algunos factores que dicha entidad no reconocía para efectos de la liquidación.

2.10. Finalmente, el DEPARTAMENTO DEL CAUCA, mediante Resolución 2885 de 30 de noviembre de 2010 aclaró la Resolución 621 de 9 de marzo de 2010, y determinó que la suma por concepto de cesantía parcial a favor del señor CHILITO CHILITO corresponde a VEINTE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS PESOS M.CTE. ($20.452.400.oo) del cual se girarán DIECIOCHO MILLONES NOVECIENTOS ONCE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS M.CTE. ($18.911.258.oo).

3. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN[3]

El señor apoderado de la parte actora invocó como disposiciones violadas las siguientes:

Los artículos 2, 6, 25, 29, 68, 90, 122 y 125 de la Constitución Política; los artículos 5, 20, 37 y 39 de la Ley 200 de 1995; los artículos 7 y 9 de la Ley 27 de 1992; los artículos 14 y 15 del Decreto 2304 de 1989; los artículos 9, 12, 14, 15, 18, 19 y 42 de la Ley 13 de 1884; la Ley 715 de 2001; la Ley 115 de 1994; y el artículo 2 del Decreto 3323 de 2005.

Como concepto de violación, indicó que el acto administrativo reprochado fue proferido con desviación de poder, pues se desconoció el derecho del docente a percibir las cesantías desde la fecha en la que estuvo vinculado con el DEPARTAMENTO DEL CAUCA, es decir, desde el 23 de mayo de 1983, hasta la fecha de la solicitud. Adicionalmente, manifestó inconformidad respecto del desconocimiento del régimen retroactivo de cesantías al que tenía derecho.

Como sustento de ello, adujo que el señor JUVENCIO CHILITO CHILITO se vinculó con el DEPARTAMENTO DEL CAUCA desde el 10 de mayo de 1983 (con fecha de posesión 23 de mayo de 1983), mediante Decreto 270 proferido por la Gobernación del Departamento del Cauca de forma legal, continua y permanente.

Así mismo, expuso que el docente fue reubicado en diversas oportunidades, e hizo alusión específicamente al traslado efectuado de la Escuela Nacionalizada Rural Mixta El Cucho de Chalguayaco, a la Seccional de la Escuela Rural Mixta Chalguayaco de Bolívar Cauca donde se le solicitó que renunciara al cargo de director para asumir el de docente en la seccional como efectivamente lo hizo. En ese sentido, puso de presente que se expidieron dos decretos continuos y de la misma fecha, el primero aceptando su renuncia al cargo de director y el segundo nombrándolo como docente de tiempo completo de la seccional.

Como consecuencia de lo anterior, argumentó que no se puede desconocer que haya estado vinculado desde el año 1983, a lo que agregó que nunca ha solicitado el reconocimiento de las cesantías parciales o totales a las que tiene derecho.

Para finalizar, señaló que la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL al realizar la liquidación de las cesantías parciales cometió un error porque i) solo se las liquidó desde el año 1990, siendo que su vinculación data desde el año 1983 ii) a las cesantías liquidadas no se les aplicó la retroactividad con el argumento anterior de la vinculación iii) a la fecha el docente sigue laborando y la resolución expuso que trabajó hasta el 2007 iv) nunca ha hecho reclamación de cesantías parciales.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

4.1. DEPARTAMENTO DEL CAUCA[4]

La apoderada de la entidad se opuso a las pretensiones de la demanda dado que el régimen prestacional aplicable a los docentes se encuentra consagrado en el Decreto 2831 de 2005 y las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005.

Con respecto de la petición del demandante, expuso que dentro de la actuación administrativa surtida por la entidad se profirió acto administrativo que reconoció las cesantías parciales en su favor, sin embargo dicho acto fue modificado en virtud del recurso de reposición, y asimismo fue aclarado con posterioridad con lo dispuesto por el Jefe de Sustanciación y Prestaciones Económicas de la Fiduprevisora en el sentido que debía ser subsanada la inconsistencia contenida en dicho acto administrativo, dado que en su criterio la vinculación del accionante data de 1990 con independencia de que existieran tiempos anteriores a su vinculación, que en caso dado, se constituían como cuota parte en el momento de tramitar la pensión si hubiera lugar a ello.

Como consecuencia de lo anterior, emitió la Resolución 2885 de 2010, donde aclaró la Resolución 621 de 2010, con observancia de las normas que regulan la materia y en ese sentido el acto administrativo se encuentra ajustado a derecho.

Así mismo, expuso que lo pretendido por el demandante no es de su competencia por cuanto las obligaciones frente a los docentes deben ser asumidas por la Nación a través del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Por otra parte, propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, debido a que el acto administrativo demandado no constituye manifestación alguna de la voluntad de la administración departamental ya que fue proferido en nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y en ese sentido le corresponde atender las peticiones relativas a las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados.

Finalmente, concluyó con el argumento de que el acto administrativo fue proferido con base en las funciones otorgadas por la Ley 962 de 2005 y en ese sentido no se efectuó reconocimiento alguno en nombre del Departamento del Cauca.

4.2. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO[5]

El apoderado de la entidad se opuso a las pretensiones dado que el pago de las cesantías lo realiza la FIDUPREVISORA conforme a la disponibilidad presupuestal y a los turnos, atendiendo al derecho fundamental de igualdad. Sumado a lo anterior expuso que el acto administrativo que expide la entidad territorial con el reconocimiento de la prestación, condiciona el pago y en ese sentido esta decisión es notificada al docente de forma personal; en el presente caso el demandante no ejerció los mecanismos establecidos en la ley para oponerse al mismo.

Por otra parte expuso que con respecto de la acción impetrada por el accionante operó el fenómeno jurídico de la caducidad, dado que transcurrieron más de 4 meses entre la fecha en que le fue notificada la Resolución y la fecha en que se radicó la demanda.

Finalmente como excepciones propuso las siguientes: i) Falta de Competencia, pues a su entender las pretensiones del demandante se basan en acreencias laborales por el pago tardío de cesantías y en ese sentido corresponde conocer de la controversia a la jurisdicción laboral ii) Falta de legitimación por pasiva, ya que el MINISTERIO DE EDUCACIÓN no expidió el acto administrativo del reconocimiento de la prestación social y quien lo expidió fue la Secretaría de Educación respectiva; adicionalmente indicó que no es la entidad pagadora iii) Falta de requisitos del acto administrativo iv) Inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley, debido a que no puede haber pago si no hay presupuesto y hasta que le corresponda el turno de atención y en el caso particular el reconocimiento de cesantías no implicó su cancelación inmediata v) Pago de la obligación contenida en el acto administrativo, ya que se atendió la obligación de acuerdo con el trámite establecido en la ley, de conformidad con lo expuesto en el acto administrativo.

5. LA SENTENCIA APELADA[6]

La Sala de Decisión 005 del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA, mediante sentencia de 10 de septiembre de 2015 decidió declarar la nulidad de la Resolución 2885 de 30 de noviembre de 2010, proferida por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA en nombre y representación de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a través de la cual se reconoció el pago de cesantías parciales para restauración de vivienda a favor del demandante desde el 10 de julio de 1990 hasta el 30 de noviembre de 2007.

A título de restablecimiento del derecho, ordenó a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, emitir un acto administrativo a través de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA, en el que reconozca el auxilio de cesantía a favor del señor JUVENCIO CHILITO CHILITO, bajo el régimen de retroactividad, correspondiente al período comprendido entre el 23 de mayo de 1983 a 30 de noviembre de 2007 debidamente indexadas desde la fecha de su causación y hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Como fundamento de lo anterior, expuso que el señor CHILITO CHILITO se vinculó en calidad de docente nacionalizado con el DEPARTAMENTO DEL CAUCA desde el 23 de mayo de 1983 como maestro de la Escuela Rural Mixta de Nápoles en el Municipio de Santa Rosa con funciones de director a través de una relación legal y reglamentaria. Posteriormente, fue trasladado a otras instituciones, sin embargo, en el expediente se encuentra acreditado que laboró como docente nacionalizado en diversas instituciones educativas a cargo del DEPARTAMENTO DEL CAUCA entre el 23 de mayo de 1983 hasta el 30 de noviembre de 2007 de forma ininterrumpida y en ese sentido su vínculo laboral con la administración subsistió de forma permanente y no hubo ruptura de la relación legal y reglamentaria por retiro definitivo del servicio.

Así mismo, resaltó que el docente no solicitó ni percibió pago de anticipo por concepto de auxilio de cesantías con anterioridad al 28 de julio de 2008, fecha en la cual se solicitó a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA el pago parcial de la prestación con destino a reparaciones locativas de vivienda.

En ese orden de ideas expuso que dada la vinculación sin solución de continuidad del demandante con el DEPARTAMENTO DEL CAUCA desde mayo de 1983, las cesantías solicitadas deben ser reconocidas y liquidadas conforme al régimen que lo cobijaba antes de entrar en vigencia la Ley 91 de 1989, es decir el de retroactividad conforme a la Ley 6 de 1945, al Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y los Decretos 2567 de 1946 y 1160 de 1947.

Por otro lado estableció que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO es la entidad en la que recae la obligación de reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encontraran vinculados a la fecha de la promulgación de la Ley 91 de 1989.

Para concluir, adujo que la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA con Resolución 621 de 9 de marzo de 2010, reconoció las cesantías parciales al demandante con el régimen de retroactividad por un valor de $55.776.540, sin embargo, con la Resolución 2885 de 30 de noviembre de 2010 y sin fundamento jurídico alguno, desconoció lo ya resuelto e indicó que únicamente se pagaría por cesantías parciales lo correspondiente al tiempo laborado desde el año 1990, equivalente a $20.452.400. Adicionalmente, expuso que le asiste la razón al DEPARTAMENTO DEL CAUCA al alegar que es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO quien debe responder por dichos dineros ya que se obligó en nombre y representación del MINISTERIO DE EDUCACIÓN.

6. LA APELACIÓN[7]

Contra la anterior decisión, el apoderado de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, interpuso recurso de apelación, en el cual solicitó que se revoque la decisión del Tribunal Administrativo del Cauca proferida el 10 de septiembre de 2015 y en consecuencia se declare la legalidad del acto administrativo demandado y se nieguen las pretensiones de la demanda.

Para tal fin, señaló que a los docentes los cobija un régimen especial y diferente contenido en la Ley 91 de 1989, modificada por la Ley 812 de 2003 que prevé una forma de liquidación especial de las cesantías, diferente a los demás servidores estatales. Asimismo, expuso que a los docentes que se hayan vinculado antes de 1980, como el caso del demandante, les aplican las disposiciones contenidas en la Ley 91 de 1989, entre otras, las relativas al régimen de liquidación anual de las cesantías con el pago de intereses también anual.

Así mismo, sostuvo que «la educadora» (sic) fue nombrada en el año 1994 y su afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se realizó en el año 2000 y en ese sentido se puede concluir que la liquidación de cesantías realizadas fue acorde a la normativa vigente.

Por otra parte, alegó que no puede existir pago mientras no exista presupuesto y le corresponda el turno de atención al docente porque de lo contrario se estaría violando el derecho a la igualdad de los demás educadores. Mencionó que en el caso particular, la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN TERRITORIAL resolvió la solicitud de cesantías parciales, sin embargo dicho reconocimiento no implica que el pago de la prestación deba hacerse de manera inmediata.

7. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 7 de octubre de 2016, el Despacho del ponente corrió traslado a las partes para que en el término de 10 días presentaran sus alegatos de conclusión conforme al artículo 212 del Decreto 01 de 1984, sin embargo ninguna de las partes se pronunció.

8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El MINISTERIO PÚBLICO tampoco se pronunció.

II. CONSIDERACIONES

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

1. Cuestión previa.

En el presente caso, corresponde realizar algunas consideraciones respecto del recurso de apelación interpuesto por parte del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

El alcance del recurso de apelación

En general, los recursos han sido consagrados tanto con el fin de corregir los posibles errores en los que incurra el juez, pues se considera que por ser las providencias obra del hombre, pueden contener defectos derivados de la falibilidad humana; además, por las posibles diferencias en la interpretación jurídica de unos hechos; así mismo, para garantizar la doble instancia.

Al respecto, el profesor HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO ha señalado:

«Los actos del juez, como toda obra humana, son susceptibles de error, bien por fallas en la aplicación de normas sustanciales o procesales, o por olvidos del funcionario. Puede, inclusive, suceder que la actuación del juez sea correcta, ajustada en un todo a la legalidad, pero que una parte, aun las dos o un tercero autorizado para concurrir al proceso estimen que vulnera sus derechos. Por ello se hace necesario permitir a las personas habilitadas para intervenir dentro de un proceso, el uso de los instrumentos adecuados para restablecer la normalidad jurídica si es que ésta realmente fue alterada o para erradicar toda incertidumbre que el presunto afectado pueda albergar cuando es él y no el juez el equivocado.

(...)

Es de la naturaleza jurídica del recurso el ser un acto procesal de parte, pues no se puede concebir su existencia sin que alguien, distinto del juez, lo interponga.

(...)

Juan Carlos Hitters, pone de presente que es en el campo de los recursos en donde conserva influencia grande el principio dispositivo al destacar que "Hemos anticipado que los errores cometidos por el juzgador durante el proceso, ya sean de actividad o de juzgamiento, se purgan si son atacados en tiempo idóneo. Ello demuestra la esencia dispositiva de la figura analizada, ya que en el juicio civil tanto la interposición de estos medios como la fundamentación de los mismos está a cargo exclusivamente de las partes, salvo muy raras excepciones; quedándole prohibido al órgano jurisdiccional actuar de oficio en lo que a dichos menesteres respecta. En este orden de ideas no resulta baladí reiterar que la publicización (sic) del proceso civilístico, que le ha conferido al juez la función de director con amplios poderes-deberes, no ha alcanzado singular altura en el área recursiva, donde - como vimos - cabalga lozanamente el modelo dispositivo, el que se agudiza notablemente en el campo de los recursos extraordinarios, pues allí la carga de la fundamentación llega a ser, en algunos casos, desesperadamente formalista".

Los recursos cumplen un papel importante dentro de la organización sociopolítica de un país, por cuanto permiten a los jueces no hacer efectivas decisiones contrarias a derecho, pues es su característica esencial (salvo en el caso del de apelación cuando se concede en el efecto devolutivo y, en algunos casos, la casación), el impedir que lo ordenado en la providencia impugna se cumpla, mientras no sean resueltos (C. de P.C, art.331); todavía más: si la providencia recurrida se hubiere cumplido no significa que esté ejecutoriada y, por ende, es susceptible de ser reformada o revocada, como sucede con una decisión apelada si el recurso se concede en el efecto devolutivo»[8].

Como se desprende de lo anterior, en los recursos conserva gran importancia el principio dispositivo, que establece que son las partes las que deben actuar y determinar los puntos a resolver por parte del juez, lo cual conduce a delimitar el alcance de la decisión de quién está encargado de analizar el caso concreto.

Lo anterior, en el caso de la apelación, está en estrecha relación con la máxima latina *tantum devolutum quantum apellatum*, conforme a la cual el juez de segunda instancia resuelve los aspectos sometidos a su consideración en el respectivo recurso de apelación.

Al respecto, la tratadista SUSANNA OROMI VALL-LLOVERA sostiene:

«Este es uno de los postulados básicos del recurso de apelación, unánimemente aceptado por nuestra doctrina. Según esta regla, la apelación sólo puede conocer de los puntos a que se contraiga, o sea, aquellos que las partes en apelación han sometido expresa o tácitamente al órgano judicial superior en virtud del efecto devolutivo. Se enmarca y predetermina, así, el alcance de su decisión, de manera que quedan firmes los restantes pronunciamientos al ser consentidos por los sujetos intervinientes. En muchas ocasiones esta firmeza resulta de la voluntad presunta de las partes, al silenciar en el recurso alguno de los extremos de la resolución de primera instancia que les afectan.

Dichos extremos consentidos no pueden ser alterados por el órgano *ad quem*. Son los sujetos de la apelación, tanto el apelante como apelado, por tanto los que determinan el ámbito devolutivo de la misma, es decir, lo que el Tribunal superior debe resolver. No obstante, para dicha delimitación ha de tenerse en cuenta no sólo la apelación o apelaciones iniciales, sino también la ulterior modificación introducida por una eventual apelación adhesiva de alguno de los apelados, que incremente el alcance devolutivo del recurso y amplíe, en consecuencia, los poderes de cognición del órgano superior.

En este sentido, el T.C. ha admitido, desde sus primeras resoluciones, la imposibilidad en apelación de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por los litigantes, al no ser objeto de impugnación. Asimismo, el T.S. ha declarado que sólo los pronunciamientos

apelados por los sujetos de la apelación pueden ser objeto de la misma. La llamada "jurisprudencia menor" también lo ha destacado en numerosas resoluciones.

Todo esto no ha de llevar a confusiones, ya que el objeto del proceso es el mismo tanto en primera como en segunda instancia, aunque en el ámbito de la impugnación puede ser distinto, dando lugar a un objeto del recurso de apelación igual o más reducido, más en ningún caso más amplio del planteado en el primer grado del proceso. El objeto del proceso queda perfectamente delimitado e inalterable con las peticiones de las partes expuestas en sus escritos alegatorios de primera instancia (demanda, contestación; réplica y dúplica, cuando los hubiere), de forma que no pueden modificar sus pedimentos, sino sólo limitarlos en apelación»[9]

Es claro entonces que la sentencia que resuelve el recurso de apelación debe ceñirse a lo argumentado por la parte que solicita que se revise la decisión. Lo anterior ha sido objeto de pronunciamiento por parte de esta corporación, en los siguientes términos:

«Al respecto conviene recordar que mediante el recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial - en este caso la que contiene una sentencia-, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con sus propias consideraciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 357 del C. de P. C., a cuyo tenor:

"La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. (...)."

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que "las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad *quem*: 'tantum *devolutum quantum appellatum*"'.

Así pues, cuando la ley lo exija, el recurrente debe señalar en forma oportuna, esto es dentro de los términos establecidos por la ley, tanto los asuntos o aspectos que considere lesivos de sus derechos, como también justificar las razones de su inconformidad, a las cuales deberá ceñirse el juez. La exigencia legal de que el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia deba sustentarse no es, en consecuencia, una simple formalidad irrelevante para el proceso, por lo cual su inobservancia acarrea la declaratoria de desierto y, por contera, la ejecutoria de la providencia que se recurre (artículo 212 C.C.A).

Esta Sala ha delimitado el estudio del recurso de alzada a los motivos de inconformidad expresados por el recurrente, según lo reflejan las siguientes puntualizaciones:

"Ninguna precisión resultaría necesario efectuar en relación con el régimen de responsabilidad aplicable a las circunstancias del caso concreto, ni en cuanto a la concurrencia, en el mismo, de los elementos constitutivos del régimen respectivo, habida cuenta que el recurso de apelación incoado por la entidad demandada no controvierte tales extremos y la parte aclara no recurrió la sentencia de primera instancia, de manera que los referidos, son puntos de la litis que han quedado fijados con la decisión proferida por el a quo".

En reciente pronunciamiento efectuado por esta Sala, se precisó:

"De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional» [10].

De acuerdo con todo lo expuesto, en cabeza de quien interpone el recurso de apelación se encuentra la carga argumentativa que permite delimitar el problema jurídico en la segunda instancia. Así, el apelante deberá manifestar de manera clara y precisa en qué consisten los errores de la providencia dictada por el *a-quo*.

En el mismo sentido, en el artículo 320 del Código General del Proceso se dispuso que el recurso de apelación tiene «por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión».

Las anteriores consideraciones resultan relevantes en la medida en la que el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada no contiene ningún reparo respecto de la decisión adoptada por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA y ni siquiera guarda coherencia ni con los hechos ni con las pretensiones.

Lo anterior sería suficiente para despachar desfavorablemente el recurso de apelación. Sin embargo, en aras de garantizar el respeto al derecho

fundamental de acceso a la administración de justicia, se analizará de fondo la decisión del Tribunal Administrativo del Cauca de declarar la nulidad de la Resolución 2885 de 30 de noviembre de 2010.

2. Problema jurídico.

De acuerdo con los argumentos contenidos en el recurso de apelación interpuesto por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, así como con la sentencia objeto de apelación, le corresponde a esta Sala determinar si la Resolución 2885 del 30 de noviembre de 2010, proferida por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA, en la cual se aclaró la Resolución 621 del 9 de marzo de 2010 en el entendido de reconocer al señor JUVENCIO CHILITO CHILITO el valor por concepto de cesantía parcial desde el año 1990 y no desde el año 1983, es ajustada a derecho.

En ese orden de ideas, la Sala de Subsección verificará si el demandante laboró como docente con una vinculación territorial o nacionalizada antes del año 1990, para luego establecer i) desde qué año tiene derecho a percibir las cesantías y ii) qué régimen lo cobija para la liquidación de las mismas.

Así las cosas y a fin de resolver el debate jurídico planteado, la Sala de Decisión analizará las pruebas obrantes en el expediente frente al marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso.

3. Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso.

3.1. Régimen Prestacional de docentes

Mediante el artículo 3 de la Ley 91 de 1989[11], 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, con la finalidad de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, efectuando el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado y garantizando la prestación de los servicios médico-asistenciales, entre otros aspectos.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 56 la Ley 962 de 2005[12], la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.

Así, mediante el Decreto 2831 de 2005[13], capítulo 11, se señaló el trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, sin que dentro del mismo se estableciera alguna sanción por mora en el pago oportuno de las cesantías.

3.2. Del régimen de cesantías de los docentes.

En reiteradas oportunidades la Sección Segunda de esta Corporación ha estudiado el régimen de cesantías de los docentes; específicamente en sentencia 23001-23-
33-000-2012-00099-01(4549-13), Demandante: ENDERSON LUIS GUZMÁN MORA, Demandado: Departamento de Córdoba, consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, se expuso lo siguiente:

«A través de La Ley 91 de 1989[14], el Congreso de la República creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio[15] y determinó sus competencias frente a la Nación y a las entidades territoriales. Dice la norma:

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

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

2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

PARÁGRAFO - Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad."

Establece el marco normativo de competencias en medio del cual el Fondo debe ejercer su tarea principal, esto es, atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes o después de la expedición de la norma y define las competencias de la Nación y de las entidades territoriales de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 2. De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

1. Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de

promulgación de la presente Ley, así como los reajustes y la sustitución de pensiones son de cargo de la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional del Ahorro y en consecuencia seguirán siendo pagadas por dichas entidades, o las que hicieren sus veces.

2. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas hasta el 31 de diciembre de 1975, así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión, o las entidades que hicieren sus veces, a las cuales venía vinculado este personal y, en consecuencia, seguirán siendo pagadas por dichas entidades.

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

4. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas y no pagadas en el período comprendido entre el 1 de enero de 1981 y la fecha de promulgación de la presente Ley, serán reconocidas y pagadas por las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión social, o las entidades que hicieren sus veces, a las cuales estaba vinculado dicho personal.

Pero para atender los respectivos pagos, la Nación tendrá que hacer los aportes correspondientes, tomando en consideración el valor total de la deuda que se liquide a su favor, con fundamento en los convenios que para el efecto haya suscrito o suscriba ésta con las entidades territoriales y las cajas de previsión social o las entidades que hicieren sus veces.

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

PARÁGRAFO. Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975." (Destaca la Sala).

Crea el FOMAG, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 3. Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional. El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad".

Determinó las fuentes de donde provendrán los recursos para que el Fondo funcione; la prohibición de destinarlos para asuntos diferentes al pago de las prestaciones del Magisterio y lo que tiene que ver con los procedimientos para la realización de convenios con las entidades territoriales para el cumplimiento de sus funciones y objetivos, en los artículos 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14, entre los cuales se destacan los siguientes: (i) efectuar el pago de prestaciones sociales del personal afiliado; (ii) garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales que contrata con ciertas entidades, de conformidad con las instrucciones que al respecto imparta el Consejo Directivo del Fondo; (iii) velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes; y (iv) propender porque todas las entidades deudoras del FOMAG cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.

Precisó las normas a aplicar por el FOMAG para el cumplimiento de su misión principal, esto es, el pago de las prestaciones sociales a los docentes oficiales, de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 15.- A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional. Decretos 3135 de 1968. 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley"[16].

En lo relativo a las cesantías del personal docente, el numeral 3° del artículo señalado, previó la siguiente disposición:

"3.- Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con_ certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido _la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional"[17].

De conformidad con el artículo 15, numeral 3 de la Ley 91 de 1989, se establece que para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no se ha modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario, sobre el salario promedio del último mes.

De igual manera, para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo reconocerá y pagará un interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Igualmente, la citada ley regula 2 situaciones en el tiempo atendiendo la naturaleza de su vinculación:

i) Docentes nacionalizados, antes territoriales, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, quienes mantendrán el régimen retroactivo que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

ii) Docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 (sean nacionales o nacionalizados), se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, por lo que las cesantías se liquidan anualmente sin retroactividad, pagando el Fondo un interés anual sobre el saldo de las mismas existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

En suma, en materia prestacional los docentes cuentan con régimen especial, gestionado por el FOMAG, creado como un patrimonio autónomo que mediante la celebración de un contrato de fiducia pública, atiende las prestaciones sociales de los docentes en lo relacionado con salud, pensiones y cesantías, para lo cual efectúa el pago de las prestaciones económicas y garantiza la prestación de los servicios médico-asistenciales, con el objeto de recaudar los recursos destinados a dicha finalidad.

Posteriormente, la Ley 812 de 2003[18,] previó que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley. >>

2.3.- Caso en concreto

Bajo las anteriores precisiones normativas, esta Sala de Decisión procede a examinar las pruebas obrantes en el expediente a fin de resolver el debate jurídico puesto en su consideración.

Así las cosas, en relación con la vinculación laboral del docente con el Departamento del Cauca, obran en el expediente, las siguientes pruebas:

- Copia de constancia proferida por la Oficina Seccional de Escalafón del Cauca - Ministerio de Educación, el 23 de mayo de 1983, en la cual se expone que el señor JUVENCIO CHILITO CHILITO cumple con los requisitos para ejercer el cargo para el cual fue nombrado en el nivel primaria y en ese sentido sí puede posesionarse.[19]

- Decreto 270 de 1983, firmado por el Secretario de Educación del Cauca y la Gobernadora del Cauca el 10 de: mayo de 1983 por el cual se hizo el nombramiento del señor JUVENCIO CHILITO CHILITO en el primer grado en el escalafón docente como maestro seccional de la Escuela Rural Mixta de Nápoles, Municipio de Santa Rosa, con funciones de director por ser escuela de un solo maestro.[20]

- Acta de posesión 4635 con fecha 23 de mayo de 1983, por medio de la cual el señor JUVENCIO CHILITO CHILITO se posesionó en el cargo para el cual fue nombrado a través del anterior decreto.[21]

- Resolución 1769 de 21 de noviembre de 1985, por medio de la cual se ascendió al señor JUVENCIO CHILITO CHILITO al grado dos en el Escalafón Nacional Docente.[22]

- Decreto 124 de 23 de febrero de 1987, mediante el cual se trasladó al señor JUVENCIO CHILITO CHILITO al cargo de director de la Escuela Rural Mixta Nápoles, Municipio de Santa Rosa.[23]

- Acta 5155, por medio de la cual el señor JUVENCIO CHILITO CHILITO se posesionó el 26 de febrero de 1987 en el anterior cargo. [24]

- Decreto 656 de 10 de julio de 1990 por medio del cual se aceptó la renuncia del señor JUVENCIO CHILITO CHILITO a partir de 1990 al cargo de docente grado 4 en el escalafón nacional.[25]

- Decreto 657 de 10 de julio de 1990 por medio del cual se nombró en propiedad al señor JUVENCIO CHILITO CHILITO en el grado 4 en el Escalafón Nacional Docente para desempeñar el cargo de docente de tiempo completo Seccional en la Escuela Rural Mixta Chalguayaco.[26]

- Acta 8847, mediante la cual el señor JUVENCIO CHILITO CHILITO se posesionó en el anterior cargo el 10 de julio de 1990.[27]

- Decreto 685 de 31 de julio de 1998, por medio del cual se aceptó el traslado del señor JUVENCIO CHILITO CHILITO a partir del 24 de agosto de 1998 al mismo cargo que tenía de docente de Escuela Rural integrada Chalguayaco.[28]

- Acta 283, mediante la cual el señor JUVENCIO CHILITO CHILITO se posesionó en el anterior cargo el 24 de agosto de 1998[29]

- Certificado 6486 de 16 de marzo de 2006, expedido por el Grupo Único de Hojas de Vida, Registro y Control de la Secretaría de Educación y Cultura de la Gobernación del Cauca, por medio del cual se certifica que el señor JUVENCIO CHILITO CHILITO está vinculado a la fecha como docente de primaria nacionalizado LE., San Lorenzo desde el 23 de mayo de 1983 hasta el 28 de febrero de 2006, para un total de 8196 días, es decir 22 años, 9 meses y 6 días.[30]

Certificado 4770 expedido el 25 de abril de 2008, por el Grupo Único de Hojas de Vida, Registro y Control de la Secretaría de Educación y Cultura de la Gobernación del Cauca donde se certificó que el señor JUVENCIO CHILITO CHILITO estuvo vinculado laboralmente con el DEPARTAMENTO DEL CAUCA desde el 23 de mayo de 1983 hasta el 30 de noviembre de 2007, por un total de 8828 días, es decir 24 años, 6 meses y 8 días.[31]

Ahora bien, de dichas pruebas, se evidencia que el señor JUVENCIO CHILITO CHILITO laboró como docente nacionalizado desde el 23 de mayo de 1983 (fecha de posesión por nombramiento) hasta el 30 de noviembre de 2007, tal y como se acredita en el certificado de tiempo de servicio, expedido por el Grupo Único de Hojas de Vida, Registro y Control de la Secretaría de Educación y Cultura de la Gobernación del Cauca el 25 de abril de 2008, y los actos administrativos de nombramiento, que resultan ser pruebas complementarias y demuestran que el demandante estuvo vinculado desde el 23 de mayo de 1983.

En este punto es importante advertir que, yerra el apoderado de la parte demandada en el escrito de apelación cuando estima que i) si un docente fue nombrado con posterioridad al 1 de enero de 1980, para efectos de la liquidación de la cesantía, le aplica el régimen anual y ii) el señor JUVENCIO CHILITO CHILITO fue nombrado desde 1994 y su afiliación al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO se realizó en el año 2000, dado que en los términos expuestos, los tiempos del demandante para el reconocimiento de cesantía fueron los siguientes:

Entidad	Cargo	Fecha de posesión	Fecha de finalización	Total tiempo de servicio	
				Año	Mes
Escuela Rural Mixta Nápoles	Director de Escuela	23/05/1983	25/02/1987	3	9
Escuela Mixta el Cucho de Chal guayaco (Traslado)	Director de Escuela	26/02/1987	9/07/1990	3	4
Escuela Mixta el Cucho de Chal guayaco (Renuncia para traslado)	Director de Escuela	10/07/1990	11/07/1990		
Escuela Mixta el Cucho de Chal guayaco (ratificación)	Docente	12/07/1990	23/08/1998	8	1
Escuela Rural de Niña San Lorenzo	Docente	24/08/1998	30/11/2007	9	3
Total				24 años, 6 meses y 8 días	

Sumado a lo anterior, subraya esta Sala de Subsección que la renuncia del señor CHILITO CHILITO el 10 de julio de 1990 obedeció al traslado efectuado a otra institución educativa, dado que conforme al acervo probatorio que reposa en el expediente, se evidencia que a través del Decreto 656 de 10 de julio de 1990 se aceptó la renuncia del docente a su cargo, sin embargo a través de Decreto 657 de 10 de julio del mismo año fue nombrado en propiedad para desempeñar el cargo de docente de tiempo completo de la Seccional de la Escuela Rural Mixta Chalguayaco, tomando posesión del cargo el mismo día, es decir el 10 de julio de 1990.

A lo anterior cabe agregar que no hubo solución de continuidad y la entidad apelante no demostró que se haya producido tal situación; tampoco

reposa en el expediente prueba alguna de que el régimen de cesantías del actor haya sido modificado, pues no existe ninguna constancia de liquidación anualizada de cesantías, ni tampoco alguna solicitud de retiro de cesantías parciales (anterior a aquella con ocasión de la cual fueron expedidos los actos administrativos objeto de controversia).

En conclusión, dichos documentos prueban que la vinculación del señor JUVENCIO CHILITO CHILITO como docente nacionalizado, para efectos del reconocimiento de sus cesantías fue desde el 23 de mayo de 1983 hasta el 30 de noviembre de 2007 y el servicio fue prestado de forma continua e ininterrumpida sin presentarse ruptura de la relación legal y reglamentaria con el Departamento del Cauca durante el término de 8828 días.

En ese sentido acierta el a quo al definir que, una vez corroborada la vinculación del docente desde el 23 de mayo de 1983, las cesantías a las que tiene derecho deben ser liquidadas conforme al régimen contenido en la Ley 6 de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y los Decretos 2567 de 1946 y 1160 de 1947, y conforme al régimen de retroactividad, establecido en la Ley 91 de 1989.

Sumado a ello y conforme a la normativa expuesta con anterioridad, también es cierto que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO es la entidad en la que recae la obligación de reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la Ley 91 de 1989 y como consecuencia de ello, en el caso particular, a través de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA deberá proferir un nuevo acto administrativo a través del cual reconozca al demandante las cesantías parciales solicitadas y el saldo actual de su cuenta, desde el 23 de mayo de 1983 hasta el 30 de noviembre de 2007, bajo el régimen de retroactividad, debidamente indexadas.

En ese estado de cosas, la sentencia apelada será confirmada, en su totalidad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III.- FALLO

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia de 10 de septiembre de 2015 proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA, que accedió a las súplicas de la demanda presentada por el señor JUVENCIO CHILITO CHILITO en contra del DEPARTAMENTO DEL CAUCA y que declaró la nulidad de la Resolución 2885 del 30 de noviembre de 2010, y como consecuencia de ello ordenó a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, emitir un nuevo acto administrativo a través de la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA.

SEGUNDO: En firme esta decisión, envíese al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

[1] Folios 109 a 110 del expediente.

[2] Folios 110 a 113 del expediente.

[3] Folios 114 al 119 del expediente.

[4] Folios 134 a 142 del expediente

[5] Folios 165 a 169 del expediente.

[6] Folios 182 a 203 del expediente.

[7] Folios 206 a 208 del expediente.

[8] HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, «Procedimiento Civil, Tomo 1, Parte General», novena edición, Bogotá, Dupré Editores, 2005, Págs. 741 y 742.

[9] SUSANNA OROMI VALL-LLOVERA, «Partes, Intervinientes y terceros en recurso de apelación civil», tesis doctoral defendida en la Universitat de Girona el 25 de febrero de 2000, Págs. 366 a 368.

[10] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de junio de 2010, expediente 17.605, magistrado ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

[11] "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio".

[12] "Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos".

[13] "*Por el cual se reglamentan el inciso 2 del artículo 3 y el numeral 6 del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones*".

[14] "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio."

[15] En adelante FOMAG.

[16] Se subraya.

[17] Destacado por la Sala.

[18] "Mediante el artículo 160 de la Ley 1151 de 2007, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, se dispuso que continúan vigentes los artículos 13, 14, 20, 21, 38 reemplazando la expresión "el CNSSS" por "la Comisión de Regulación en Salud", 43, 51, 59, 61, el parágrafo del artículo 63, 64, 65 para el servicio de gas natural 69, 71, 75, 81, 82, 86, 92, 99, 103, 110, 121 y 131, de la Ley 812 de 2003."

[19] Folio 11 cdo ppal.

[20] Folio 12 cdo ppal.

[21] Folio 13 cdo ppal.

[22] Folio 15 cdo ppal.

[23] Folio 63 cdo de pruebas 1.

[24] Folio 16 cdo ppal.

[25] Folio 17 cdo ppal.

[26] Folio 18 cdo ppal.

[27] Folio 19 cdo ppal.

[28] Folio 23 cdo ppal.

[29] Folio 24 cdo ppal.

[30] Folio 29 cdo ppal.

[31] Folio 31 cdo ppal.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 09:50:44