

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 1 de 164	

ACTA DE REUNION

FECHA : Abril 4 del 2017	Hora de inicio: 7:00 a.m	Hora de finalización: 8:35 a.m
Lugar: secretaria Juridica del Departamento	Responsable de la reunión: Secretaria Técnica del Comité de Conciliación	
Tipo de Reunión: Comité de Conciliación.- sesión ordinaria		Acta No.007

TEMAS A TRATAR

MIEMBROS PERMANENTES

Dr. JORGE COLMENARES LAGUADO, secretario de Gobierno. (E)
 Dr. JULIO CESAR SILVA RINCON, Secretario de Planeación Departamental
 Dra. SONIA ARANGO MEDINA, Secretaria General.
 Dra. VICTORIA MARGARITA SANCHEZ AYALA, Secretaria Jurídico
 Dr. MARTIN ALFONSO MARTINEZ VALERO, Secretario de Hacienda Departamental

.INVITADA PERMANENTE

*Dra. MARY LUZ LIZARAZO TELLEZ
 Jefe Control Interno de Gestión*

INVITADOS

*Dra. Marie Fabiola Cáceres Peña
 Secretaria de Educacion.
 Dra. Sonia Yurley Ruiz Riveros
 Abogada externa de la secretaria de Educación
 Dra. Carmen Lucero Yáñez Rabelo
 Abogado externo de la secretaria de educación.
 Dr. José Angarita
 Abogado externo de la secretaria de Aguas
 Dr. Francisco Bermont Galvis
 Secretario de Agua Potable y saneamiento Básico.
 Dr. Luis Alberto Gómez
 Abogado externo de la secretaria Juridica
 Dra. JANNETH PATRICIA RONCANCIO RODRIGUEZ
 Secretaria Técnica del Comité de Conciliación*

1. Verificación del Quórum
2. Lectura del acta anterior número 07 del 2017
3. Concepto emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: **ANA ISABEL LUNA BAUTISTA**, abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO.
4. Concepto emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: **ANA JOSEFA ALFONSO GOMEZ** abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO.
- .5. Concepto emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: **CARLOS JULIO CAMACHO CASTRO** abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO.
- 6.. Concepto emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: **LUZ MERY FONSECA RAMIREZA** abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO
7. Concepto emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: **DORA PABON LIZCANO Y OTROS** abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 2 de 164	

ACTA DE REUNION

8. Concepto emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: **MARIA EUGENIA GOMEZ FIGUEROA** abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO
9. Concepto emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: **MARTHA ELIZABETH RUIZ DUARTE** abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO
10. Concepto emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: **CARMEN CECILIA DURAN LEAL** abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO
11. Concepto emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: **EDGAR ROJAS RODRIGUEZ** abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO
12. Concepto emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: **ILCE PINO DE GARCIA** abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO
13. Concepto emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: **LUIS EDUARDO GARCIA VALENCIA** abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO
14. Concepto emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: **MILDRED SANTIAGO SANGUINO** abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO
15. Concepto emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: **NINFA ROSA LLANES OVALLES** abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO
16. Concepto emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: **RUTH CONSTANZA OSORIO TIRIA** abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO
17. Concepto emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: **VIANEY BAUTISTA GELVEZ**, abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO
18. Concepto emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: **AMAPARO SUAREZ BECERRA** abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO
19. Concepto emitido por la doctora Carmen Lucero Yáñez Rabelo, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: **DORIS ACEVEDO BERMONT** abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO
20. Concepto emitido por la doctora Carmen Lucero Yáñez Rabelo, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: **TERESA LUDY CARRILLO** abogado el doctor FRANCY CLARENA SANABRIA PARADA
21. Concepto emitido por la doctora Carmen Lucero Yáñez Rabelo, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: **ALVARO CAMARGO PEÑA** abogado el doctor ELLUZ BOTELLO QUINTERO.
22. Concepto emitido por el doctor José Rey Angarita Parada, abogado externo de la secretaria de Agua y saneamiento Básico; convocante: **CONSORCIO CONSULTORIA NORTE** abogado el doctor Edgardo Ignacio Torres Sáenz. (audiencia 5 de abril a las 8.00 a.m en la procuraduría 24)
23. Concepto emitido por el doctor Luis Alberto Gómez, abogado externo de la secretaria juridica , convocante; **OMAR RAMIREZ DURAN** (AUDIENCIA 5 DE ABRIL A LAS 3:00 P.M EN LA PROCURADURIA 23).
- 24. Proposiciones y varios**

DESARROLLO

1. Verificación del Quorum.

Revisada la asistencia se encuentran presentes los siguientes secretarios de Despacho, miembros del comité de Conciliación y defensa Judicial del Departamento Norte de Santander:

Dr. JORGE COLMENARES LAGUADO, secretario de Gobierno. (E)
 Dr. JULIO CESAR SILVA RINCON, Secretario de Planeación Departamental
 Dra. SONIA ARANGO MEDINA, Secretaria General.
 Dra. VICTORIA MARGARITA SANCHEZ AYALA, Secretaria Jurídico
 Dr. MARTIN ALFONSO MARTINEZ VALERO, Secretario de Hacienda Departamental

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 3 de 164	

ACTA DE REUNION

.INVITADA PERMANENTE

Dra. MARY LUZ LIZARAZO TELLEZ
Jefe Control Interno de Gestión

2. Lectura del acta anterior.

Se hace claridad que el acta como no fue enviada al correo electrónico de cada uno de los miembros del Comité de Conciliación, entonces se deja para la aprobación en el próximo comité y la secretaria Técnica del Comité se compromete a enviarla en el día de hoy para sus respectivas observaciones y correcciones.

3. Concepto emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: ANA ISABEL LUNA BAUTISTA, abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO.

Toma la palabra la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretria de Educacion, el cual expone lo siguiente:

CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL	
Convocante (s)	ANA ISABEL LUNA BAUTISTA, 2017-840--081347-2 DEL 01/03/2017.
Apoderado: YOBANY LOPEZ QUINTERO	
Convocados	NACION – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MIN EDUCACION – DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER (Tercero interesado)

FECHA DE COMITÉ:

FECHA AUDIENCIA:

RESPONSABILIDAD DE LA FICHA Y APODERADO: Abogado. Sonia Yurley Ruiz R.

CUANTÍA:	\$51.540.003.oo
-----------------	-----------------

HECHOS MATERIA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL

La Convocante ha prestados sus servicios de manera ininterrumpida al Departamento Norte de Santander desde su nombramiento producido el 07 de marzo de 1995 y hasta la fecha de

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 4 de 164	

ACTA DE REUNION

solicitud de la prestación como docente.

La docente presentó ante la Secretaría de Educación Municipal solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales, expidiéndose para estos efectos la Resolución No. 4368 del 27 de octubre de 2016. Aduce el Señor Apoderado que a pesar de la fecha de vinculación de su mandante las entidades demandadas aplicaron a efectos de liquidar sus Cesantías Parciales el régimen contemplado en el literal b) numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y no el contemplado en la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996 que consagran su pago en forma retroactiva y demás normas concordantes y complementarias.

Indica el Apoderado de los Convocantes, que las entidades demandadas no entendieron que la Ley 91 de 1989 mantuvo intacto el régimen de liquidación de cesantías de los docentes territoriales, el cual fue respetado por la Ley 4 de 1992, Ley 60 de 1993 (artículo 6º inciso cuarto, donde se dispone 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). Por su parte la Ley 115 de 1994 en los artículos 115 y 176 que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y dicha ley, sin que en ningún caso se puede desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.

Cita igualmente el Apoderado de los Convocantes que el Decreto 196 de 1995, artículo 5º mantuvo el respeto a los derechos adquiridos, así:

*Docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios. Los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. **A estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tengan al momento de la incorporación y no se les podrá imponer renunciaciones o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto.***

Para el nivel territorial el cambio en el régimen de liquidación de cesantías está dado por la Ley 344 de 1996, que en su Artículo 13º dispuso: “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

- a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 5 de 164	

ACTA DE REUNION

fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

La norma anterior es reglamentada a través del Decreto 1582 de 1998, que en su Artículo 1º ordena .- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

Concluye el Apoderado conforme al marco normativo anterior, que hasta el 31 de diciembre de 1996 el Legislador previó la existencia del régimen retroactivo de cesantías para los empleados públicos del orden territorial, como quiera que con posterioridad a dicha fecha – 1º de enero de 1997- surge un nuevo esquema de liquidación de prestaciones sociales para estos empleados públicos territoriales , imponiéndose la liquidación anualizada; pero aquellos docentes vinculados con anterioridad a dicha normativa conservarán el régimen retroactivo de liquidación, es decir, con el último salario devengado se liquida sobre la totalidad del tiempo de servicio.

PRETENSIONES:

1. Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 4368 del 27 de octubre de 2016. , mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de cesantías parciales a su mandante.
2. Se declare que la docente **ANA ISABEL LUNA BAUTISTA**, tiene derecho a que la Nación (MEN) le reconozca a través del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO las cesantías parciales de manera retroactiva, tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente 07 de marzo de 1995 , mediante Decreto 000201 de 1995, y liquidada sobre el último salario devengado a la fecha de la presentación de la prestación, con la totalidad de los factores salariales de conformidad con la ley 6ª 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 de forma retroactiva.
3. Se declare que la docente **ANA ISABEL LUNA BAUTISTA**, tiene derecho a que la Nación (MEN - FOMAG) liquide, reconozca y pague sus cesantías retroactivas, conforme a la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1945, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996, que consagran su pago en forma retroactiva.
4. Condenar a la Nación (MEN - FOMAG) a pagar el mayor valor que resulte de la cesantía retroactiva debidamente liquidada, por la suma de \$51.540.003.00.
5. Condenar a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, según lo estipulado en el último párrafo del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.
6. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, sobre las sumas adeudadas a mi mandante, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 192 y numeral 4º del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 6 de 164	

ACTA DE REUNION

ANÁLISIS Y CONCEPTO

CUESTION PREVIA:

1. Inexistencia del Derecho

Conforme a lo manifestado por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en sentencia del 29 de septiembre de 2016, siendo Magistrado Ponente el Dr. Carlos Mario Peña Díaz, proferida dentro del radicado 54-001-23-33-000-2015-00110-00, actor: Armando Granados Duarte, demandados: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento Norte de Santander – Municipio de Cúcuta:

En este punto, a criterio de la Sala, la Ley 91 de 1989 constituye el régimen legal especial en lo que respecta al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales de los docentes con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin distinción alguna. En efecto, en materia de cesantías la aludida ley establece que los docentes nacionalizados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 recibirían un auxilio de cesantía consistente en un mes de salario por cada año de servicio sobre el último salario devengado, es decir, que tales docentes conservan el régimen retroactivo, mientras que a los docentes del orden nacional y a los vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, se les liquida el auxilio de cesantía anualmente sin retroactividad, a la vez que se les cancela un interés anual sobre el saldo de las cesantías existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

La Corte Constitucional sobre el régimen especial de liquidación de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en sentencia C-928 del 8 de noviembre de 2006, con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto, expuso 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^[1], 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.

(...)

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

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 7 de 164	

ACTA DE REUNION

de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

Lo anterior permite concluir, que tanto a los docentes nacionales y nacionalizados, docentes Departamentales, Distritales y Municipales financiados o cofinanciados por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales, se les aplica la Ley 91 de 1989 la cual estableció el régimen de cesantías a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 con el sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Tal planteamiento fue adoptado por el Consejo de Estado en sentencia del 9 de julio de 2009, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, dentro del proceso radicado con el número 76001-23-31-000-2004-01655-01 (0672-07), donde se indicó:

Al quedar establecido que la actora inició sus labores como docente al Municipio de Obando en el año de 1995, esto es, con posterioridad a la fecha señalada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (1º de enero de 1990), el pago de sus cesantías no debía efectuarse con carácter retroactivo sino que, conforme señala la norma en mención, “se reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad”.

De esta forma concluye el Tribunal, que el régimen de cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, será el anualizado, no existiendo en consecuencia lugar a la viabilidad de las pretensiones aquí consignadas.

2. Inepta demanda por no haberse obtenido previamente decisión de la Administración – “privilegio previo de la administración”

De la simple lectura de la solicitud y del análisis de los documentos adjuntos a la misma se tiene que ni la Convocante ni su Apoderado han presentado similar reclamación a la que ahora nos ocupa ante esta Administración a fin de obtener un pronunciamiento previo sobre las reliquidaciones que pretende sean ordenadas judicialmente, asumiendo que con la Conciliación Prejudicial se agotan los requisitos de procedibilidad previstos en la ley procesal para accionar ante la Jurisdicción Administrativa, pues conforme se cita en el escrito de conciliación, al únicamente proceder el recurso de reposición contra el acto administrativo de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, éste no es obligatorio.

No obstante lo anterior, observa esta abogada, que conforme a lo normado en el artículo 161 núm. 2 del C.P.A.C.A. “cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios”. Si bien es cierto esta disposición se refiere a la interposición de los recursos ordinarios previstos en la ley procesal, efectivamente no aplicable en el presente caso pues respecto de los actos atacados solo

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 8 de 164	

ACTA DE REUNION

procede el recursos de reposición no obligatorio; no es menos cierto, que a partir de la misma y con base en el denominado "*privilegio de la decisión previa*", es necesario que el accionante haya obtenido el pronunciamiento previo de la administración, respecto de los derechos que pretende reclamar ante la jurisdicción, como quiera que "*la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez*".¹

Lo anterior, es catalogado doctrinaria y jurisprudencialmente como un privilegio a favor de la administración, por cuanto le permite pensar o reconsiderar la decisión que se pide o impugna; y como una garantía para el administrado, en tanto que mediante su gestión podrá convencer a la administración y evitarse así un pleito, aplicando "*principios de economía, celeridad y eficacia, los cuales orientan las actuaciones administrativas tal como lo ordenan los artículos 209 de la Constitución Política*"²

Al respecto el doctor José Luís Benavides en el artículo "**La justificación de los recursos administrativos**" publicado en la Revista Derecho del Estado, indica al respecto de este tema: "En primer lugar, el privilegio de la revisión previa también se manifiesta en la congruencia que debe existir entre los argumentos expuestos para la impugnación del acto, en vía gubernativa, y los posteriores alegados en la sede judicial. El Consejo de Estado concibe que el debido proceso, a favor de la administración, impone al recurrente preservar en el proceso contencioso la misma línea de crítica que expuso en la revisión del acto en sede gubernativa (C.E., secc. I, sent. 11/10/06, rad. 3697; secc. II-B, sent. 21/05/09, rad. 4073-05). El privilegio de la revisión previa encuentra aquí una manifestación evidente, que pone de presente a cabalidad la condición de requisito de procedibilidad de la acción contenciosa, dada a la vía gubernativa.

Sobre este punto, son múltiples los pronunciamiento del Consejo de Estado que pueden traerse a colación, entre ellos:

"...no solo el uso de los recursos agota la vía gubernativa, pues la Ley ha consagrado algunos modos de impugnar que cumplen el mismo cometido.

*En todo caso, **para que se cumpla este requisito de procedibilidad, resulta necesario que el administrado exprese con claridad el objeto de su reclamación o los motivos de su inconformidad, según el caso, pues lo que se busca con dicha exigencia es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente ante la administración.** No quiere ello decir que sea imposible exponer ante la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión invocada en sede administrativa, siempre que no se cambie el objeto de la petición. **Así las cosas la persona que acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para***

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección B, sentencia del nueve (09) de junio de 2009. M.P.: Jesús María Lemos Bustamante, exp.: 2270-04.

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-000-2009-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO	ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS	Página 9 de 164	

ACTA DE REUNION

interponer una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, podrá incluir nuevos argumentos y fundamentos de hecho y de derecho a los cuales no hizo mención al interponer los respectivos recursos en la vía gubernativa. Lo que no le es dable al demandante es incluir pretensiones distintas a las que adujo en sede administrativa o variar sustancialmente la reclamación^{3,4} (Subraya fuera del texto en cita).

Igualmente, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-792 de 2006, siendo Magistrado Ponente el Dr. Rodrigo Escobar Gil, de fecha 20/09/2006, se ha pronunciado al respecto indicando que:

La necesidad de agotar la vía gubernativa como presupuesto para acudir a la jurisdicción constituye un privilegio de la Administración, derivado del principio de autotutela administrativa y por virtud del cual debe brindarse a los entes públicos la oportunidad de pronunciarse sobre sus propios actos antes de que las controversias que hayan surgido en torno a ellos sean planteadas ante los tribunales.

Es tan cierta esta ausencia de reclamación administrativa que permita a la administración pronunciarse acerca de la pretensión de reliquidación deprecada, que los actos administrativos cuya nulidad PARCIAL demanda el Señor Apoderado, corresponde a la Resolución mediante la cual se le reconoció la cesantía parcial, quien renunció a términos de ejecutoria, en consecuencia, en una nómina de más de seis mil docente, muchos de ellos incorporados a la planta de personal departamental por disposición de la Ley 715 de 2001, cómo puede pretenderse válidamente llevarse a juicio sin habersele dado la oportunidad de conocer en instancia previa de esta reclamación, máxime cuando no ha sido ella quien ha expedido los mismos.

Nada dice la Convocante que ya había recibido un anticipo previo por la suma de \$33.320.057.00, sin que nada se dijera respecto al cambio de régimen de liquidación de cesantías que ahora peticona. En consecuencia, no conoció esta Administración de las pretensiones de la Convocante sino con el escrito de Conciliación que nos ocupa, vulnerándose así el “privilegio de decisión previa” dispuesto por la ley a su favor, lo que generará una INEPTA DEMANDA al momento en que la Jurisdicción Administrativa conozca del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

COMPENSACIÓN.

El Convocante solicita el pago retroactivo de sus cesantías, es decir, que como funcionario con régimen anualizado de cesantías ha venido percibiendo del FOMAG el pago de intereses a las cesantías, valores estos que deberán ser **compensados a favor de la Entidad** en caso de que éstas sean vencidas en juicio, pues el poder adquisitivo de la prestación social estará dado por la liquidación de las mismas con base en el salario devengado en el último año de servicios.

La compensación como forma de novación de las obligaciones está definida en el artículo 1714 del

³ Así lo ha considerado el Consejo de Estado v.gr, en sentencia de la Sala plena de lo Contencioso Administrativo, de 6 de agosto de 2006, C.P. Clara Forero de Castro. Expediente S-145. Actor: Financiera Colpatría.

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-0000689-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 10 de 164	

ACTA DE REUNION

Código Civil colombiano, y opera cuando dos personas son deudoras una de otra.

En virtud de una protección legítima del erario público, debe presentarse esta excepción buscando que se compensen las sumas pagadas y recibidas por la accionante por concepto de intereses a las cesantías, con las que llegare a pagarse por concepto de reliquidación con retroactividad de la prestación social deprecada.

RECOMENDACIÓN: En criterio de esta abogada el DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER y conforme a los argumentos jurídicos antes expuestos, no está llamado a conciliar respecto de las pretensiones de la Conciliación Prejudicial que nos ocupa, de conformidad con los criterios antes expuestos.

OIDO Y ANALIZADO TODO LO EXPUESTO POR LA DOCTORA SONIA YURLEY RUIZ RIVEROS, ABOGADA EXTERNA DE LA SECRETRIA DE EDUCACION, LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DECIDEN POR UNANIMIDAD DE NO LLEGAR A NINGUN ACUERDO CONCILIATORIO.

4. Concepto emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: ANA JOSEFA ALFONSO GOMEZ abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO.

Toma la palabra la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretria de Educacion, el cual expone lo siguiente:

CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL	
Convocante (s)	ANA JOSEFA ALFONSO GOMEZ, 2017-840--081352-2 DEL 01/03/2017.
Apoderado: YOBANY LOPEZ QUINTERO	
Convocados	NACION – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MIN EDUCACION – DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER (Tercero interesado)

FECHA DE COMITÉ:

FECHA AUDIENCIA:

RESPONSABILIDAD DE LA FICHA Y APODERADO: Abogado. Sonia Yurley Ruiz R.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 11 de 164	

ACTA DE REUNION

CUANTÍA:	\$38.686.960.00
-----------------	-----------------

HECHOS MATERIA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL
--

La Convocante ha prestados sus servicios de manera ininterrumpida al Departamento Norte de Santander desde su nombramiento producido el 07 de marzo de 1995 y hasta la fecha de solicitud de la prestación como docente.

La docente presentó ante la Secretaría de Educación Municipal solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales, expidiéndose para estos efectos la Resolución No. 0997 del 07 de diciembre de 2016. Aduce el Señor Apoderado que a pesar de la fecha de vinculación de su mandante las entidades demandadas aplicaron a efectos de liquidar sus Cesantías Parciales el régimen contemplado en el literal b) numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y no el contemplado en la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996 que consagran su pago en forma retroactiva y demás normas concordantes y complementarias.

Indica el Apoderado de los Convocantes, que las entidades demandadas no entendieron que la Ley 91 de 1989 mantuvo intacto el régimen de liquidación de cesantías de los docentes territoriales, el cual fue respetado por la Ley 4 de 1992, Ley 60 de 1993 (artículo 6º inciso cuarto, donde se dispone 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). Por su parte la Ley 115 de 1994 en los artículos 115 y 176 que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y dicha ley, sin que en ningún caso se puede desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.

Cita igualmente el Apoderado de los Convocantes que el Decreto 196 de 1995, artículo 5º mantuvo el respeto a los derechos adquiridos, así:

*Docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios. Los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. **A estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tengan al momento de la incorporación y no se les podrá imponer renunciaciones o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto.***

Para el nivel territorial el cambio en el régimen de liquidación de cesantías está dado por la Ley 344 de 1996, que en su Artículo 13º dispuso: “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 12 de 164	

ACTA DE REUNION

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;

La norma anterior es reglamentada a través del Decreto 1582 de 1998, que en su Artículo 1º ordena .- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

Concluye el Apoderado conforme al marco normativo anterior, que hasta el 31 de diciembre de 1996 el Legislador previó la existencia del régimen retroactivo de cesantías para los empleados públicos del orden territorial, como quiera que con posterioridad a dicha fecha – 1º de enero de 1997- surge un nuevo esquema de liquidación de prestaciones sociales para estos empleados públicos territoriales , imponiéndose la liquidación anualizada; pero aquellos docentes vinculados con anterioridad a dicha normativa conservarán el régimen retroactivo de liquidación, es decir, con el último salario devengado se liquida sobre la totalidad del tiempo de servicio.

PRETENSIONES:

7. Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0997 del 07 de diciembre de 2016. , mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de cesantías parciales a su mandante.
8. Se declare que la docente **ANA JOSEFA ALFONSO GOMEZ**, tiene derecho a que la Nación (MEN) le reconozca a través del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO las cesantías parciales de manera retroactiva, tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente 07 de marzo de 1995 , mediante Decreto 000199 de 1995, y liquidada sobre el último salario devengado a la fecha de la presentación de la prestación, con la totalidad de los factores salariales de conformidad con la ley 6ª 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 de forma retroactiva.
9. Se declare que la docente **ANA JOSEFA ALFONSO GOMEZ**, tiene derecho a que la Nación (MEN - FOMAG) liquide, reconozca y pague sus cesantías retroactivas, conforme a la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1945, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996, que consagran su pago en forma retroactiva.
10. Condenar a la Nación (MEN - FOMAG) a pagar el mayor valor que resulte de la cesantía retroactiva debidamente liquidada, por la suma de \$38.686.960.00.
11. Condenar a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, según lo

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 13 de 164	

ACTA DE REUNION

estipulado en el último párrafo del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

12. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, sobre las sumas adeudadas a mi mandante, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 192 y numeral 4º del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.

ANÁLISIS Y CONCEPTO

CUESTION PREVIA:

3. Inexistencia del Derecho

Conforme a lo manifestado por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en sentencia del 29 de septiembre de 2016, siendo Magistrado Ponente el Dr. Carlos Mario Peña Díaz, proferida dentro del radicado 54-001-23-33-000-2015-00110-00, actor: Armando Granados Duarte, demandados: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento Norte de Santander – Municipio de Cúcuta:

En este punto, a criterio de la Sala, la Ley 91 de 1989 constituye el régimen legal especial en lo que respecta al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales de los docentes con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin distinción alguna. En efecto, en materia de cesantías la aludida ley establece que los docentes nacionalizados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 recibirían un auxilio de cesantía consistente en un mes de salario por cada año de servicio sobre el último salario devengado, es decir, que tales docentes conservan el régimen retroactivo, mientras que a los docentes del orden nacional y a los vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, se les liquida el auxilio de cesantía anualmente sin retroactividad, a la vez que se les cancela un interés anual sobre el saldo de las cesantías existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

La Corte Constitucional sobre el régimen especial de liquidación de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en sentencia C-928 del 8 de noviembre de 2006, con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto, expuso 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^[1], 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.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 14 de 164	

ACTA DE REUNION

(...)

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.

Lo anterior permite concluir, que tanto a los docentes nacionales y nacionalizados, docentes Departamentales, Distritales y Municipales financiados o cofinanciados por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales, se les aplica la Ley 91 de 1989 la cual estableció el régimen de cesantías a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 con el sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Tal planteamiento fue adoptado por el Consejo de Estado en sentencia del 9 de julio de 2009, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, dentro del proceso radicado con el número 76001-23-31-000-2004-01655-01 (0672-07), donde se indicó:

Al quedar establecido que la actora inició sus labores como docente al Municipio de Obando en el año de 1995, esto es, con posterioridad a la fecha señalada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (1º de enero de 1990), el pago de sus cesantías no debía efectuarse con carácter retroactivo sino que, conforme señala la norma en mención, “se reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad”.

De esta forma concluye el Tribunal, que el régimen de cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, será el anualizado, no existiendo en consecuencia lugar a la viabilidad de las pretensiones aquí consignadas.

4. Inepta demanda por no haberse obtenido previamente decisión de la Administración – “privilegio previo de la administración”

De la simple lectura de la solicitud y del análisis de los documentos adjuntos a la misma se tiene que ni la Convocante ni su Apoderado han presentado similar reclamación a la que ahora nos ocupa ante esta Administración a fin de obtener un pronunciamiento previo sobre las reliquidaciones que pretende sean ordenadas judicialmente, asumiendo que con la Conciliación Prejudicial se agotan los requisitos de procedibilidad previstos en la ley procesal para accionar ante la Jurisdicción Administrativa, pues conforme se cita en el escrito de conciliación, al únicamente proceder el recurso de reposición contra el acto administrativo de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, éste no es obligatorio.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 15 de 164	

ACTA DE REUNION

No obstante lo anterior, observa esta abogada, que conforme a lo normado en el artículo 161 núm. 2 del C.P.A.C.A. *“cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios”*. Si bien es cierto esta disposición se refiere a la interposición de los recursos ordinarios previstos en la ley procesal, efectivamente no aplicable en el presente caso pues respecto de los actos atacados solo procede el recursos de reposición no obligatorio; no es menos cierto, que a partir de la misma y con base en el denominado *“privilegio de la decisión previa”*, es necesario que el accionante haya obtenido el pronunciamiento previo de la administración, respecto de los derechos que pretende reclamar ante la jurisdicción, como quiera que *“la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez”*.⁵

Lo anterior, es catalogado doctrinaria y jurisprudencialmente como un privilegio a favor de la administración, por cuanto le permite pensar o reconsiderar la decisión que se pide o impugna; y como una garantía para el administrado, en tanto que mediante su gestión podrá convencer a la administración y evitarse así un pleito, aplicando *“principios de economía, celeridad y eficacia, los cuales orientan las actuaciones administrativas tal como lo ordenan los artículos 209 de la Constitución Política”*⁶

Al respecto el doctor José Luís Benavides en el artículo **“La justificación de los recursos administrativos”** publicado en la Revista Derecho del Estado, indica al respecto de este tema: “En primer lugar, el privilegio de la revisión previa también se manifiesta en la congruencia que debe existir entre los argumentos expuestos para la impugnación del acto, en vía gubernativa, y los posteriores alegados en la sede judicial. El Consejo de Estado concibe que el debido proceso, a favor de la administración, impone al recurrente preservar en el proceso contencioso la misma línea de crítica que expuso en la revisión del acto en sede gubernativa (C.E., secc. I, sent. 11/10/06, rad. 3697; secc. II-B, sent. 21/05/09, rad. 4073-05). El privilegio de la revisión previa encuentra aquí una manifestación evidente, que pone de presente a cabalidad la condición de requisito de procedibilidad de la acción contenciosa, dada a la vía gubernativa.

Sobre este punto, son múltiples los pronunciamiento del Consejo de Estado que pueden traerse a colación, entre ellos:

“...no solo el uso de los recursos agota la vía gubernativa, pues la Ley ha consagrado algunos modos de impugnar que cumplen el mismo cometido.

En todo caso, para que se cumpla este requisito de procedibilidad, resulta

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección B, sentencia del nueve (09) de junio de 2009, M.P.: Jesús María Lemos Bustamante, exp.: 2270-04.

⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-000-2009-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 16 de 164	

ACTA DE REUNION

necesario que el administrado exprese con claridad el objeto de su reclamación o los motivos de su inconformidad, según el caso, pues lo que se busca con dicha exigencia es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente ante la administración. *No quiere ello decir que sea imposible exponer ante la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión invocada en sede administrativa, siempre que no se cambie el objeto de la petición. Así las cosas la persona que acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para interponer una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, podrá incluir nuevos argumentos y fundamentos de hecho y de derecho a los cuales no hizo mención al interponer los respectivos recursos en la vía gubernativa. Lo que no le es dable al demandante es incluir pretensiones distintas a las que adujo en sede administrativa o variar sustancialmente la reclamación^{7,8}* (Subraya fuera del texto en cita).

Igualmente, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-792 de 2006, siendo Magistrado Ponente el Dr. Rodrigo Escobar Gil, de fecha 20/09/2006, se ha pronunciado al respecto indicando que:

La necesidad de agotar la vía gubernativa como presupuesto para acudir a la jurisdicción constituye un privilegio de la Administración, derivado del principio de autotutela administrativa y por virtud del cual debe brindarse a los entes públicos la oportunidad de pronunciarse sobre sus propios actos antes de que las controversias que hayan surgido en torno a ellos sean planteadas ante los tribunales.

Es tan cierta esta ausencia de reclamación administrativa que permita a la administración pronunciarse acerca de la pretensión de reliquidación deprecada, que los actos administrativos cuya nulidad PARCIAL demanda el Señor Apoderado, corresponde a la Resolución mediante la cual se le reconoció la cesantía parcial, quien renunció a términos de ejecutoria, en consecuencia, en una nómina de más de seis mil docente, muchos de ellos incorporados a la planta de personal departamental por disposición de la Ley 715 de 2001, cómo puede pretenderse válidamente llevarse a juicio sin habersele dado la oportunidad de conocer en instancia previa de esta reclamación, máxime cuando no ha sido ella quien ha expedido los mismos.

Nada dice la Convocante que ya había recibido un anticipo previo por la suma de \$32.029.770.00, sin que nada se dijera respecto al cambio de régimen de liquidación de cesantías que ahora peticiona. En consecuencia, no conoció esta Administración de las pretensiones de la Convocante sino con el escrito de Conciliación que nos ocupa, vulnerándose así el “privilegio de decisión previa” dispuesto por la ley a su favor, lo que generará una INEPTA DEMANDA al momento en que la Jurisdicción Administrativa conozca del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

COMPENSACIÓN.

El Convocante solicita el pago retroactivo de sus cesantías, es decir, que como funcionario con

⁷ Así lo ha considerado el Consejo de Estado v.gr, en sentencia de la Sala plena de lo Contencioso Administrativo, de 6 de agosto C.P. Clara Forero de Castro. Expediente S-145. Actor: Financiera Colpatria.

⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-000689-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 17 de 164	

ACTA DE REUNION

régimen anualizado de cesantías ha venido percibiendo del FOMAG el pago de intereses a las cesantías, valores estos que deberán ser **compensados a favor de la Entidad** en caso de que éstas sean vencidas en juicio, pues el poder adquisitivo de la prestación social estará dado por la liquidación de las mismas con base en el salario devengado en el último año de servicios.

La compensación como forma de novación de las obligaciones está definida en el artículo 1714 del Código Civil colombiano, y opera cuando dos personas son deudoras una de otra.

En virtud de una protección legítima del erario público, debe presentarse esta excepción buscando que se compensen las sumas pagadas y recibidas por la accionante por concepto de intereses a las cesantías, con las que llegare a pagarse por concepto de reliquidación con retroactividad de la prestación social deprecada.

RECOMENDACIÓN: En criterio de esta abogada el DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER y conforme a los argumentos jurídicos antes expuestos, no está llamado a conciliar respecto de las pretensiones de la Conciliación Prejudicial que nos ocupa, de conformidad con los criterios antes expuestos.

OIDO Y ANALIZADO TODO LO EXPUESTO POR LA DOCTORA SONIA YURLEY RUIZ RIVEROS, ABOGADA EXTERNA DE LA SECRETRIA DE EDUCACION, LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DECIDEN POR UNANIMIDAD DE NO LLEGAR A NINGUN ACUERDO CONCILIATORIO.

5. **Concepto emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: CARLOS JULIO CAMACHO CASTRO abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO.**

Toma la palabra la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretria de Educacion, el cual expone lo siguiente:

CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL	
Convocante (s)	CARLOS JULIO CAMACHO CASTRO, 2017-840--081348-2 DEL 01/03/2017.
Apoderado: YOBANY LOPEZ QUINTERO	
Convocados	NACION – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MIN EDUCACION – DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 18 de 164	

ACTA DE REUNION

(Tercero interesado)

FECHA DE COMITÉ:

FECHA AUDIENCIA:

RESPONSABILIDAD DE LA FICHA Y APODERADO: Abogado. Sonia Yurley Ruiz R.

CUANTÍA:	\$ 37.941.284.00
-----------------	------------------

HECHOS MATERIA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL

La Convocante ha prestados sus servicios de manera ininterrumpida al Departamento Norte de Santander desde su nombramiento producido el 07 de marzo de 1995 y hasta la fecha de solicitud de la prestación como docente.

La docente presentó ante la Secretaría de Educación Municipal solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales, expidiéndose para estos efectos la Resolución No. 0935 del 07 de diciembre de 2016. Aduce el Señor Apoderado que a pesar de la fecha de vinculación de su mandante las entidades demandadas aplicaron a efectos de liquidar sus Cesantías Parciales el régimen contemplado en el literal b) numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y no el contemplado en la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996 que consagran su pago en forma retroactiva y demás normas concordantes y complementarias.

Indica el Apoderado de los Convocantes, que las entidades demandadas no entendieron que la Ley 91 de 1989 mantuvo intacto el régimen de liquidación de cesantías de los docentes territoriales, el cual fue respetado por la Ley 4 de 1992, Ley 60 de 1993 (artículo 6º inciso cuarto, donde se dispone 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). Por su parte la Ley 115 de 1994 en los artículos 115 y 176 que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y dicha ley, sin que en ningún caso se puede desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.

Cita igualmente el Apoderado de los Convocantes que el Decreto 196 de 1995, artículo 5º mantuvo el respeto a los derechos adquiridos, así:

Docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios. Los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 19 de 164	

ACTA DE REUNION

*el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. **A estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tengan al momento de la incorporación y no se les podrá imponer renunciaciones o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto.***

Para el nivel territorial el cambio en el régimen de liquidación de cesantías está dado por la Ley 344 de 1996, que en su Artículo 13° dispuso: “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

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

La norma anterior es reglamentada a través del Decreto 1582 de 1998, que en su Artículo 1° ordena .- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

Concluye el Apoderado conforme al marco normativo anterior, que hasta el 31 de diciembre de 1996 el Legislador previó la existencia del régimen retroactivo de cesantías para los empleados públicos del orden territorial, como quiera que con posterioridad a dicha fecha – 1° de enero de 1997- surge un nuevo esquema de liquidación de prestaciones sociales para estos empleados públicos territoriales , imponiéndose la liquidación anualizada; pero aquellos docentes vinculados con anterioridad a dicha normativa conservarán el régimen retroactivo de liquidación, es decir, con el último salario devengado se liquida sobre la totalidad del tiempo de servicio.

PRETENSIONES:

13. Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0935 del 07 de diciembre de 2016, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de cesantías parciales a su mandante.
14. Se declare que el docente **CARLOS JULIO CAMACHO CASTRO**, tiene derecho a que la Nación (MEN) le reconozca a través del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO las cesantías parciales de manera retroactiva, tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente 07 de marzo de 1995, mediante Decreto 000202 de 1995, y liquidada sobre el último salario devengado a la fecha de la presentación de la prestación, con la totalidad de los factores salariales de conformidad con la ley 6ª de 1945, decreto 2767 de 1945, ley 65 de 1946, decreto 1160 de 1947, ley 91 de

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 20 de 164	

ACTA DE REUNION

1989, ley 344 de 1996 que consagran su pago de forma retroactiva.

15. Se declare que el docente **CARLOS JULIO CAMACHO CASTRO**, tiene derecho a que la Nación (MEN - FOMAG) liquide, reconozca y pague sus cesantías retroactivas, conforme a la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1945, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996, que consagran su pago en forma retroactiva.
16. Condenar a la Nación (MEN - FOMAG) a pagar el mayor valor que resulte de la cesantía retroactiva debidamente liquidada, por la suma de \$ 37.941.284.00.
17. Condenar a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, según lo estipulado en el último párrafo del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.
18. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, sobre las sumas adeudadas a mi mandante, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 192 y numeral 4º del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.

ANÁLISIS Y CONCEPTO

CUESTION PREVIA:

5. Inexistencia del Derecho

Conforme a lo manifestado por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en sentencia del 29 de septiembre de 2016, siendo Magistrado Ponente el Dr. Carlos Mario Peña Díaz, proferida dentro del radicado 54-001-23-33-000-2015-00110-00, actor: Armando Granados Duarte, demandados: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento Norte de Santander – Municipio de Cúcuta:

En este punto, a criterio de la Sala, la Ley 91 de 1989 constituye el régimen legal especial en lo que respecta al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales de los docentes con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin distinción alguna. En efecto, en materia de cesantías la aludida ley establece que los docentes nacionalizados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 recibirían un auxilio de cesantía consistente en un mes de salario por cada año de servicio sobre el último salario devengado, es decir, que tales docentes conservan el régimen retroactivo, mientras que a los docentes del orden nacional y a los vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, se les liquida el auxilio de cesantía anualmente sin retroactividad, a la vez que se les cancela un interés anual sobre el saldo de las cesantías existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

La Corte Constitucional sobre el régimen especial de liquidación de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en sentencia C-928 del 8 de noviembre de 2006, con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto, expuso 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^[1], mediante la cual se creó el Fondo

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 21 de 164	

ACTA DE REUNION

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.

(...)

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.

Lo anterior permite concluir, que tanto a los docentes nacionales y nacionalizados, docentes Departamentales, Distritales y Municipales financiados o cofinanciados por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales, se les aplica la Ley 91 de 1989 la cual estableció el régimen de cesantías a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 con el sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Tal planteamiento fue adoptado por el Consejo de Estado en sentencia del 9 de julio de 2009, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, dentro del proceso radicado con el número 76001-23-31-000-2004-01655-01 (0672-07), donde se indicó:

Al quedar establecido que la actora inició sus labores como docente al Municipio de Obando en el año de 1995, esto es, con posterioridad a la fecha señalada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (1º de enero de 1990), el pago de sus cesantías no debía efectuarse con carácter retroactivo sino que, conforme señala la norma en mención, “se reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad”.

De esta forma concluye el Tribunal, que el régimen de cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, será el anualizado, no existiendo en consecuencia lugar a la viabilidad de las pretensiones aquí consignadas.

6. Inepta demanda por no haberse obtenido previamente decisión de la Administración – “privilegio previo de la administración”

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 22 de 164	

ACTA DE REUNION

De la simple lectura de la solicitud y del análisis de los documentos adjuntos a la misma se tiene que ni la Convocante ni su Apoderado han presentado similar reclamación a la que ahora nos ocupa ante esta Administración a fin de obtener un pronunciamiento previo sobre las reliquidaciones que pretende sean ordenadas judicialmente, asumiendo que con la Conciliación Prejudicial se agotan los requisitos de procedibilidad previstos en la ley procesal para accionar ante la Jurisdicción Administrativa, pues conforme se cita en el escrito de conciliación, al únicamente proceder el recurso de reposición contra el acto administrativo de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, éste no es obligatorio.

No obstante lo anterior, observa esta abogada, que conforme a lo normado en el artículo 161 núm. 2 del C.P.A.C.A. *“cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios”*. Si bien es cierto esta disposición se refiere a la interposición de los recursos ordinarios previstos en la ley procesal, efectivamente no aplicable en el presente caso pues respecto de los actos atacados solo procede el recursos de reposición no obligatorio; no es menos cierto, que a partir de la misma y con base en el denominado *“privilegio de la decisión previa”*, es necesario que el accionante haya obtenido el pronunciamiento previo de la administración, respecto de los derechos que pretende reclamar ante la jurisdicción, como quiera que *“la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez”*.⁹

Lo anterior, es catalogado doctrinaria y jurisprudencialmente como un privilegio a favor de la administración, por cuanto le permite pensar o reconsiderar la decisión que se pide o impugna; y como una garantía para el administrado, en tanto que mediante su gestión podrá convencer a la administración y evitarse así un pleito, aplicando *“principios de economía, celeridad y eficacia, los cuales orientan las actuaciones administrativas tal como lo ordenan los artículos 209 de la Constitución Política”*¹⁰

Al respecto el doctor José Luís Benavides en el artículo **“La justificación de los recursos administrativos”** publicado en la Revista Derecho del Estado, indica al respecto de este tema: “En primer lugar, el privilegio de la revisión previa también se manifiesta en la congruencia que debe existir entre los argumentos expuestos para la impugnación del acto, en vía gubernativa, y los posteriores alegados en la sede judicial. El Consejo de Estado concibe que el debido proceso, a favor de la administración, impone al recurrente preservar en el proceso contencioso la misma línea de crítica que expuso en la revisión del acto en sede gubernativa (C.E., secc. I, sent. 11/10/06, rad. 3697; secc. II-B, sent. 21/05/09, rad. 4073-05). El privilegio de la revisión previa

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección B, sentencia del nueve (09) de junio de 2009, M.P.: Jesús María Lemos Bustamante, exp.: 2270-04.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-000-2009-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 23 de 164	

ACTA DE REUNION

encuentra aquí una manifestación evidente, que pone de presente a cabalidad la condición de requisito de procedibilidad de la acción contenciosa, dada a la vía gubernativa.

Sobre este punto, son múltiples los pronunciamiento del Consejo de Estado que pueden traerse a colación, entre ellos:

“...no solo el uso de los recursos agota la vía gubernativa, pues la Ley ha consagrado algunos modos de impugnar que cumplen el mismo cometido.

*En todo caso, **para que se cumpla este requisito de procedibilidad, resulta necesario que el administrado exprese con claridad el objeto de su reclamación o los motivos de su inconformidad, según el caso, pues lo que se busca con dicha exigencia es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente ante la administración.** No quiere ello decir que sea imposible exponer ante la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión invocada en sede administrativa, siempre que no se cambie el objeto de la petición. **Así las cosas la persona que acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para interponer una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, podrá incluir nuevos argumentos y fundamentos de hecho y de derecho a los cuales no hizo mención al interponer los respectivos recursos en la vía gubernativa. Lo que no le es dable al demandante es incluir pretensiones distintas a las que adujo en sede administrativa o variar sustancialmente la reclamación¹¹.**”¹² (Subraya fuera del texto en cita).*

Igualmente, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-792 de 2006, siendo Magistrado Ponente el Dr. Rodrigo Escobar Gil, de fecha 20/09/2006, se ha pronunciado al respecto indicando que:

La necesidad de agotar la vía gubernativa como presupuesto para acudir a la jurisdicción constituye un privilegio de la Administración, derivado del principio de autotutela administrativa y por virtud del cual debe brindarse a los entes públicos la oportunidad de pronunciarse sobre sus propios actos antes de que las controversias que hayan surgido en torno a ellos sean planteadas ante los tribunales.

Es tan cierta esta ausencia de reclamación administrativa que permita a la administración pronunciarse acerca de la pretensión de reliquidación deprecada, que los actos administrativos cuya nulidad PARCIAL demanda el Señor Apoderado, corresponde a la Resolución mediante la cual se le reconoció la cesantía parcial, quien renunció a términos de ejecutoria, en consecuencia, en una nómina de más de seis mil docente, muchos de ellos incorporados a la planta de personal departamental por disposición de la Ley 715 de 2001, cómo puede pretenderse válidamente llevarse a juicio sin habersele dado la oportunidad de conocer en instancia previa de esta reclamación, máxime cuando no ha sido ella quien ha expedido los mismos.

¹¹ Así lo ha considerado el Consejo de Estado v.gr, en sentencia de la Sala plena de lo Contencioso Administrativo, de 6 de agosto C.P. Clara Forero de Castro. Expediente S-145. Actor: Financiera Colpatria.

¹² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-000689-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 24 de 164	

ACTA DE REUNION

Nada dice la Convocante que ya había recibido un anticipo previo por la suma de \$32.813.263.00, sin que nada se dijera respecto al cambio de régimen de liquidación de cesantías que ahora peticona. En consecuencia, no conoció esta Administración de las pretensiones de la Convocante sino con el escrito de Conciliación que nos ocupa, vulnerándose así el “privilegio de decisión previa” dispuesto por la ley a su favor, lo que generará una INEPTA DEMANDA al momento en que la Jurisdicción Administrativa conozca del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

COMPENSACIÓN.

El Convocante solicita el pago retroactivo de sus cesantías, es decir, que como funcionario con régimen anualizado de cesantías ha venido percibiendo del FOMAG el pago de intereses a las cesantías, valores estos que deberán ser **compensados a favor de la Entidad** en caso de que éstas sean vencidas en juicio, pues el poder adquisitivo de la prestación social estará dado por la liquidación de las mismas con base en el salario devengado en el último año de servicios.

La compensación como forma de novación de las obligaciones está definida en el artículo 1714 del Código Civil colombiano, y opera cuando dos personas son deudoras una de otra.

En virtud de una protección legítima del erario público, debe presentarse esta excepción buscando que se compensen las sumas pagadas y recibidas por la accionante por concepto de intereses a las cesantías, con las que llegare a pagarse por concepto de reliquidación con retroactividad de la prestación social deprecada.

RECOMENDACIÓN: En criterio de esta abogada el DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER y conforme a los argumentos jurídicos antes expuestos, no está llamado a conciliar respecto de las pretensiones de la Conciliación Prejudicial que nos ocupa, de conformidad con los criterios antes expuestos.

OIDO Y ANALIZADO TODO LO EXPUESTO POR LA DOCTORA SONIA YURLEY RUIZ RIVEROS, ABOGADA EXTERNA DE LA SECRETRIA DE EDUCACION, LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DECIDEN POR UNANIMIDAD DE NO LLEGAR A NINGUN ACUERDO CONCILIATORIO.

6. . Concepto emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: LUZ MERY FONSECA RAMIREZA abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO

Toma la palabra la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretria de Educacion, el cual expone lo siguiente:

CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 25 de 164	

ACTA DE REUNION

Convocante (s)	LUZ MERY FONSECA RAMIREZ, 2017-840--081349-2 DEL 01/03/2017.
Apoderado: YOBANY LOPEZ QUINTERO	
Convocados	NACION – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MIN EDUCACION – DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER (Tercero interesado)

FECHA DE COMITÉ:

FECHA AUDIENCIA:

RESPONSABILIDAD DE LA FICHA Y APODERADO: Abogado. Sonia Yurley Ruiz R.

CUANTÍA:	\$ 31.059.784.00
-----------------	------------------

HECHOS MATERIA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL

La Convocante ha prestados sus servicios de manera ininterrumpida al Departamento Norte de Santander desde su nombramiento producido el 07 de marzo de 1995 y hasta la fecha de solicitud de la prestación como docente.

La docente presentó ante la Secretaría de Educación Municipal solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales, expidiéndose para estos efectos la Resolución No. 0566 del 07 de octubre de 2016. Aduce el Señor Apoderado que a pesar de la fecha de vinculación de su mandante las entidades demandadas aplicaron a efectos de liquidar sus Cesantías Parciales el régimen contemplado en el literal b) numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y no el contemplado en la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996 que consagran su pago en forma retroactiva y demás normas concordantes y complementarias.

Indica el Apoderado de los Convocantes, que las entidades demandadas no entendieron que la Ley 91 de 1989 mantuvo intacto el régimen de liquidación de cesantías de los docentes territoriales, el cual fue respetado por la Ley 4 de 1992, Ley 60 de 1993 (artículo 6º inciso cuarto, donde se dispone 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). Por su parte la Ley 115 de 1994 en los artículos 115 y 176 que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y dicha ley, sin que en ningún caso se puede desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 26 de 164	

ACTA DE REUNION

educadores.

Cita igualmente el Apoderado de los Convocantes que el Decreto 196 de 1995, artículo 5º mantuvo el respeto a los derechos adquiridos, así:

*Docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios. Los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. **A estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tengan al momento de la incorporación y no se les podrá imponer renunciaciones o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto.***

Para el nivel territorial el cambio en el régimen de liquidación de cesantías está dado por la Ley 344 de 1996, que en su Artículo 13º dispuso: “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

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

La norma anterior es reglamentada a través del Decreto 1582 de 1998, que en su Artículo 1º ordena .- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

Concluye el Apoderado conforme al marco normativo anterior, que hasta el 31 de diciembre de 1996 el Legislador previó la existencia del régimen retroactivo de cesantías para los empleados públicos del orden territorial, como quiera que con posterioridad a dicha fecha – 1º de enero de 1997- surge un nuevo esquema de liquidación de prestaciones sociales para estos empleados públicos territoriales , imponiéndose la liquidación anualizada; pero aquellos docentes vinculados con anterioridad a dicha normativa conservarán el régimen retroactivo de liquidación, es decir, con el último salario devengado se liquida sobre la totalidad del tiempo de servicio.

PRETENSIONES:

- 19. Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0566 del 07 de octubre de 2016,

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 27 de 164	

ACTA DE REUNION

- mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de cesantías parciales a su mandante.
20. Se declare que la docente **LUZ MERY FONSECA RAMIREZ**, tiene derecho a que la Nación (MEN) le reconozca a través del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO las cesantías parciales de manera retroactiva, tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente 07 de marzo de 1995, mediante Decreto 000199 de 1995, y liquidada sobre el último salario devengado a la fecha de la presentación de la prestación, con la totalidad de los factores salariales de conformidad con la ley 6ª 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 de forma retroactiva.
 21. Se declare que la docente **LUZ MERY FONSECA RAMIREZ**, tiene derecho a que la Nación (MEN - FOMAG) liquide, reconozca y pague sus cesantías retroactivas, conforme a la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1945, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996, que consagran su pago en forma retroactiva.
 22. Condenar a la Nación (MEN - FOMAG) a pagar el mayor valor que resulte de la cesantía retroactiva debidamente liquidada, por la suma de \$ 31.059.784.00.
 23. Condenar a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, según lo estipulado en el último párrafo del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.
 24. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, sobre las sumas adeudadas a mi mandante, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 192 y numeral 4º del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.

ANÁLISIS Y CONCEPTO

CUESTION PREVIA:

7. Inexistencia del Derecho

Conforme a lo manifestado por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en sentencia del 29 de septiembre de 2016, siendo Magistrado Ponente el Dr. Carlos Mario Peña Díaz, proferida dentro del radicado 54-001-23-33-000-2015-00110-00, actor: Armando Granados Duarte, demandados: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento Norte de Santander – Municipio de Cúcuta:

En este punto, a criterio de la Sala, la Ley 91 de 1989 constituye el régimen legal especial en lo que respecta al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales de los docentes con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin distinción alguna. En efecto, en materia de cesantías la aludida ley establece que los docentes nacionalizados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 recibirían un auxilio de cesantía consistente en un mes de salario por cada año de servicio sobre el último salario devengado, es decir, que tales docentes conservan el régimen retroactivo, mientras que a los docentes del orden nacional y a los vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, se les liquida el auxilio de cesantía anualmente sin

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 28 de 164	

ACTA DE REUNION

retroactividad, a la vez que se les cancela un interés anual sobre el saldo de las cesantías existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

La Corte Constitucional sobre el régimen especial de liquidación de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en sentencia C-928 del 8 de noviembre de 2006, con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto, expuso 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^[1], 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.

(...)

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.

Lo anterior permite concluir, que tanto a los docentes nacionales y nacionalizados, docentes Departamentales, Distritales y Municipales financiados o cofinanciados por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales, se les aplica la Ley 91 de 1989 la cual estableció el régimen de cesantías a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 con el sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Tal planteamiento fue adoptado por el Consejo de Estado en sentencia del 9 de julio de 2009, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, dentro del proceso radicado con el número 76001-23-31-000-2004-01655-01 (0672-07), donde se indicó:

Al quedar establecido que la actora inició sus labores como docente al Municipio de Obando en el año de 1995, esto es, con posterioridad a la fecha señalada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (1º de enero de 1990), el pago de sus cesantías no debía efectuarse con carácter retroactivo sino que, conforme señala la norma en mención, “se reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad”.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 29 de 164	

ACTA DE REUNION

De esta forma concluye el Tribunal, que el régimen de cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, será el anualizado, no existiendo en consecuencia lugar a la viabilidad de las pretensiones aquí consignadas.

8. Inepta demanda por no haberse obtenido previamente decisión de la Administración – “privilegio previo de la administración”

De la simple lectura de la solicitud y del análisis de los documentos adjuntos a la misma se tiene que ni la Convocante ni su Apoderado han presentado similar reclamación a la que ahora nos ocupa ante esta Administración a fin de obtener un pronunciamiento previo sobre las reliquidaciones que pretende sean ordenadas judicialmente, asumiendo que con la Conciliación Prejudicial se agotan los requisitos de procedibilidad previstos en la ley procesal para accionar ante la Jurisdicción Administrativa, pues conforme se cita en el escrito de conciliación, al únicamente proceder el recurso de reposición contra el acto administrativo de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, éste no es obligatorio.

No obstante lo anterior, observa esta abogada, que conforme a lo normado en el artículo 161 núm. 2 del C.P.A.C.A. *“cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios”*. Si bien es cierto esta disposición se refiere a la interposición de los recursos ordinarios previstos en la ley procesal, efectivamente no aplicable en el presente caso pues respecto de los actos atacados solo procede el recursos de reposición no obligatorio; no es menos cierto, que a partir de la misma y con base en el denominado *“privilegio de la decisión previa”*, es necesario que el accionante haya obtenido el pronunciamiento previo de la administración, respecto de los derechos que pretende reclamar ante la jurisdicción, como quiera que *“la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez”*.¹³

Lo anterior, es catalogado doctrinaria y jurisprudencialmente como un privilegio a favor de la administración, por cuanto le permite pensar o reconsiderar la decisión que se pide o impugna; y como una garantía para el administrado, en tanto que mediante su gestión podrá convencer a la administración y evitarse así un pleito, aplicando *“principios de economía, celeridad y eficacia, los cuales orientan las actuaciones administrativas tal como lo ordenan los artículos 209 de la Constitución Política”*¹⁴

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección B, sentencia del nueve (09) de junio de 2009, M.P.: Jesús María Lemos Bustamante, exp.: 2270-04.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-000-2009-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 30 de 164	

ACTA DE REUNION

Al respecto el doctor José Luís Benavides en el artículo **“La justificación de los recursos administrativos”** publicado en la Revista Derecho del Estado, indica al respecto de este tema: “En primer lugar, el privilegio de la revisión previa también se manifiesta en la congruencia que debe existir entre los argumentos expuestos para la impugnación del acto, en vía gubernativa, y los posteriores alegados en la sede judicial. El Consejo de Estado concibe que el debido proceso, a favor de la administración, impone al recurrente preservar en el proceso contencioso la misma línea de crítica que expuso en la revisión del acto en sede gubernativa (C.E., secc. I, sent. 11/10/06, rad. 3697; secc. II-B, sent. 21/05/09, rad. 4073-05). El privilegio de la revisión previa encuentra aquí una manifestación evidente, que pone de presente a cabalidad la condición de requisito de procedibilidad de la acción contenciosa, dada a la vía gubernativa.

Sobre este punto, son múltiples los pronunciamientos del Consejo de Estado que pueden traerse a colación, entre ellos:

“...no solo el uso de los recursos agota la vía gubernativa, pues la Ley ha consagrado algunos modos de impugnar que cumplen el mismo cometido.

***En todo caso, para que se cumpla este requisito de procedibilidad, resulta necesario que el administrado exprese con claridad el objeto de su reclamación o los motivos de su inconformidad, según el caso, pues lo que se busca con dicha exigencia es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente ante la administración.** No quiere ello decir que sea imposible exponer ante la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión invocada en sede administrativa, siempre que no se cambie el objeto de la petición. Así las cosas la persona que acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para interponer una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, podrá incluir nuevos argumentos y fundamentos de hecho y de derecho a los cuales no hizo mención al interponer los respectivos recursos en la vía gubernativa. Lo que no le es dable al demandante es incluir pretensiones distintas a las que adujo en sede administrativa o variar sustancialmente la reclamación¹⁵.¹⁶ (Subraya fuera del texto en cita).*

Igualmente, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-792 de 2006, siendo Magistrado Ponente el Dr. Rodrigo Escobar Gil, de fecha 20/09/2006, se ha pronunciado al respecto indicando que:

La necesidad de agotar la vía gubernativa como presupuesto para acudir a la jurisdicción constituye un privilegio de la Administración, derivado del principio de autotutela administrativa y por virtud del cual debe brindarse a los entes públicos la oportunidad de pronunciarse sobre sus propios actos antes de que las controversias que hayan surgido en torno a ellos sean planteadas ante los tribunales.

Es tan cierta esta ausencia de reclamación administrativa que permita a la administración pronunciarse

¹⁵ Así lo ha considerado el Consejo de Estado v.gr, en sentencia de la Sala plena de lo Contencioso Administrativo, de 6 de agosto de 2006, C.P. Clara Forero de Castro. Expediente S-145. Actor: Financiera Colpatría.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-0000689-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 31 de 164	

ACTA DE REUNION

acerca de la pretensión de reliquidación deprecada, que los actos administrativos cuya nulidad PARCIAL demanda el Señor Apoderado, corresponde a la Resolución mediante la cual se le reconoció la cesantía parcial, quien renunció a términos de ejecutoria, en consecuencia, en una nómina de más de seis mil docente, muchos de ellos incorporados a la planta de personal departamental por disposición de la Ley 715 de 2001, cómo puede pretenderse válidamente llevarse a juicio sin habersele dado la oportunidad de conocer en instancia previa de esta reclamación, máxime cuando no ha sido ella quien ha expedido los mismos.

Nada dice la Convocante que ya había recibido un anticipo previo por la suma de \$35.185.200.00, sin que nada se dijera respecto al cambio de régimen de liquidación de cesantías que ahora peticiona. En consecuencia, no conoció esta Administración de las pretensiones de la Convocante sino con el escrito de Conciliación que nos ocupa, vulnerándose así el “privilegio de decisión previa” dispuesto por la ley a su favor, lo que generará una INEPTA DEMANDA al momento en que la Jurisdicción Administrativa conozca del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

COMPENSACIÓN.

El Convocante solicita el pago retroactivo de sus cesantías, es decir, que como funcionario con régimen anualizado de cesantías ha venido percibiendo del FOMAG el pago de intereses a las cesantías, valores estos que deberán ser **compensados a favor de la Entidad** en caso de que éstas sean vencidas en juicio, pues el poder adquisitivo de la prestación social estará dado por la liquidación de las mismas con base en el salario devengado en el último año de servicios.

La compensación como forma de novación de las obligaciones está definida en el artículo 1714 del Código Civil colombiano, y opera cuando dos personas son deudoras una de otra.

En virtud de una protección legítima del erario público, debe presentarse esta excepción buscando que se compensen las sumas pagadas y recibidas por la accionante por concepto de intereses a las cesantías, con las que llegare a pagarse por concepto de reliquidación con retroactividad de la prestación social deprecada.

RECOMENDACIÓN: En criterio de esta abogada el DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER y conforme a los argumentos jurídicos antes expuestos, no está llamado a conciliar respecto de las pretensiones de la Conciliación Prejudicial que nos ocupa, de conformidad con los criterios antes expuestos.

OIDO Y ANALIZADO TODO LO EXPUESTO POR LA DOCTORA SONIA YURLEY RUIZ RIVEROS, ABOGADA EXTERNA DE LA SECRETRIA DE EDUCACION, LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DECIDEN POR UNANIMIDAD DE NO LLEGAR A NINGUN ACUERDO CONCILIATORIO.

7.. Concepto emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: **DORA PABON LIZCANO Y OTROS** abogado el doctor YOBANY LOPEZ

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 32 de 164	

ACTA DE REUNION

QUINTERO
Toma la palabra la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaría de Educación, el cual expone lo siguiente:

CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL	
Convocante (s)	DORA PABON LIZCANO, MARIA DE LA CRUZ BAUTISTA JAIMES, CARMEN ROSA ORTIZ SEPULVEDA, GLADYS CECILIA PAEZ DE NAVARRO, ANA MERCEDES ORTIZ CAICEDO, LETICIA VERGEL VERGEL, OSCAR EMIRO ROZO MARTINEZ, MARIA ISABEL RAMIREZ PEÑALOZA, MARTIN DAVILA SANABRIA Y OLGA FLOREZ.
Apoderado: YOBANY ALBERTO LOPEZ QUINTERO	
Convocados	NACION – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MIN EDUCACION – DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER

FECHA DE COMITÉ:

FECHA AUDIENCIA:

RESPONSABILIDAD DE LA FICHA Y APODERADO: Sonia Yurley Ruiz Riveros.

CUANTÍA:	DORA PABON LIZCANO: \$ 18.327.981 MARIA DE LA CRUZ BAUTISTA JAIMES: \$14.286.525 CARMEN ROSA ORTIZ SEPULVEDA: \$ 13.284.173 GLADYS CECILIA PAEZ DE NAVARRO: \$ 5.063.912 ANA MERCEDES ORTIZ CAICEDO: \$ 5.240.048 LETICIA VERGEL VERGEL: \$ 5.818.279 OSCAR EMIRO ROZO MARTINEZ: \$ 6.171.853
-----------------	--

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 33 de 164	

ACTA DE REUNION

	MARIA ISABEL RAMIREZ PEÑALOZA: \$ 16.541.003
	MARTIN DAVILA SANABRIA: \$ 4.711.548
	OLGA FLOREZ: \$ 11.955.269

HECHOS MATERIA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL

Los Convocantes prestaron sus servicios de manera interrumpida por más de 20 años al servicio de la docencia oficial y cumplieron con los requisitos establecidos por la ley para que le fuera reconocida la pensión de jubilación, para lo cual se expidieron los siguientes actos administrativos de reconocimiento de esta prestación económica a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En el IBL tenido en cuenta para liquidar la mesada pensional no se incluyó la prima de navidad, la prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos por el docente en el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

PRETENSIONES: Se declare la nulidad parcial de los actos de reconocimiento de pensión demandados, toda vez que en ellos la entidad demandada omitió su deber legal de incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio al momento de adquirir el status de pensionado para calcular el valor de la mesada pensional, vulnerando las disposiciones contenidas en la Ley 812 de 2003, prorrogada por la Ley 1151 de 2007, Ley 91 de 1989, Ley 33 de 1985 (artículo 1º), Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, y Sentencia del 14/08/2009 del Consejo de Estado, radicado 250002325000200506747, según la cual: "... En consecuencia, la pensión que le fue reconocida deberá reliquidarse, con base a los demás factores que no se tuvieron en cuenta y que fueron devengados por el actor en el último año de servicio (...)"

ACTOS CUYA NULIDAD PARCIAL SE DEPRECA:

Docente	Acto que reconoce la Pensión	Acto de reliquidación de la pensión
DORA PABON LIZCANO	Resolución No. 2058 del 08/06/2016	
MARIA DE LA CRUZ BAUTISTA JAIMES	Resolución No. 0131 del 04/02/2008	
CARMEN ROSA ORTIZ SEPULVEDA	Resolución No. 04839 del 18/11/2015	
GLADYS CECILIA PAEZ DE NAVARRO	Resolución No. 01291 del 13/04/2016	
ANA MERCEDES ORTIZ	Resolución No. 00908 del	

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03		
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS			FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS			Página 34 de 164	

ACTA DE REUNION

CAICEDO	04/03/2016		
LETICIA VERGEL VERGEL	Resolución No. 05374 del 17/12/2015		
OSCAR EMIRO ROZO MARTINEZ	Resolución No. 2570 del 14/07/2016		
MARIA ISABEL RAMIREZ PEÑALOZA	Resolución No. 477 del 25/04/2012	Resolución No. 05598 del 30/12/2015	
MARTIN DAVILA SANABRIA	Resolución No. 1799 del 16/05/2016		
OLGA FLOREZ	Resolución No. 000845 del 07/07/2005		

ANÁLISIS Y CONCEPTO

CUESTION PREVIA:

Los argumentos de la defensa en esta Solicitud de Conciliación Prejudicial están dados por los siguientes medios exceptivos que se consideran pueden tener prosperidad en vía judicial:

Falta de legitimación material en la causa por pasiva del Departamento

Teniendo en cuenta la Entidades Públicas Convocadas en la diligencia que nos ocupa, y la naturaleza de las pretensiones del Convocante, el primer punto a dilucidar es el relacionado con la legitimación material en la causa por pasiva del Departamento, porque ésta legitimación es la que constituye el presupuesto material que permitirá tomar una decisión de fondo, conforme lo manifiesta el Dr. Carlos Betancur Jaramillo, en su obra *Derecho Procesal Administrativo*.¹⁷

Al respecto el Consejo de Estado, ha manifestado:

“...de conformidad con la jurisprudencia de la Corporación existen dos clases de falta de legitimación: la de hecho y la material. La primera hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el mismo en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal, mientras que la segunda da cuenta de la participación o vínculo que tienen las personas -siendo o no partes del

¹⁷ Betancur Jaramillo, Beatriz. Derecho Procesal Administrativo. Séptima Edición. Señal Editora. Medellín 2008. Pág. 160.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO	ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS	Página 35 de 164	

ACTA DE REUNION

proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda¹⁸. En este sentido, no siempre quien se encuentra legitimado de hecho tiene que necesariamente estarlo materialmente, en consideración a que si bien puede integrar una de las partes de la litis, ello no implica que frente a la ley tenga un interés jurídico sustancial en cuanto al conflicto. Al respecto, se ha establecido:

*Así pues, toda vez que la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante —legitimado en la causa de hecho por activa— y demandado —legitimado en la causa de hecho por pasiva— y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; **la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.***

De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores.¹⁹

*17. **En conclusión, la legitimación por pasiva de hecho, que se refiere a la potencialidad del demandado de ser parte dentro del proceso, constituye un requisito de procedibilidad de la demanda - en la medida en la que esta no puede dirigirse contra quien no es sujeto de derechos-, mientras que, la legitimación por pasiva material, constituye un requisito no ya para la procedibilidad de la acción, sino para la prosperidad de las pretensiones.**²⁰*

Ante lo precedente debe indicarse que conforme a las normas que se citan a continuación, no le asiste LEGITIMACIÓN POR PASIVA MATERIAL AL DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER dentro de la presente conciliación prejudicial:

¹⁸ "(...) la legitimación en la causa ha sido estudiada en la jurisprudencia y la doctrina y **para los juicios de cognición desde dos puntos de vista: de hecho y material.** Por la primera, legitimación de hecho en la causa, se entiende la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; es decir es una relación jurídica nacida de una conducta que genera la demanda, y de la notificación de ésta al demandado; quien cita a otro y le atribuye está legitimado de hecho y por activa, y a quien es citado y atribuido está legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda. **En cambio la legitimación material en la causa** alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no. Es decir, todo legitimado de hecho no necesariamente será legitimado material, pues sólo están legitimados materialmente quienes participaron realmente en los hechos que le dieron origen a la formulación de la demanda" (resaltado del texto). Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de junio de 2004, exp. 19753-01(14452), actor: Reinaldo Posso García y otros, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de julio de 2011, exp. 52001-23-31-000-1997-08625-01(19753), actor: Carlos Julio Pineda Solís, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente: DORIS ROJAS BETANCOURTH Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil trece (2013) Radicación número: 25000-23-26-000-2010-01(42610).

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 36 de 164	

ACTA DE REUNION

La ley 91 de 1989, en los artículos 3º y 4º dispone:

ARTICULO 3o. *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 Ministerio 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.

ART. 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 2º, 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 del 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.*

ART. 5. *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:*

1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado. (...)

De acuerdo a las normas citadas, es al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuenta especial encargada del pago de las prestaciones sociales que reconoce la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, al que corresponde, entre otras prestaciones, el pago de las pensiones del personal docente.

A través del Decreto 1775 de 1990, se reglamentó el funcionamiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estableciéndose que le corresponde al Fondo el trámite del

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 37 de 164	

ACTA DE REUNION

reconocimiento y pago de las prestaciones a su cargo, es decir, el estudio de las solicitudes, el reconocimiento y la liquidación respectiva –art. del 5 al 9 del Decreto 1775 de 1990-.

Por su parte, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 dispuso:

*ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. **Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.***

La disposición anterior es reglamentada a través del Decreto 2831 de 2005 “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”, el cual en su artículo 3° establece el trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del referido Fondo:

*ARTÍCULO 3°. Gestión. a cargo de las secretarías de educación. **De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, 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. Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente deberá:***

1. Recibir y radicar en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.
2. Expedir con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por ésta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.
3. **Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación,** junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo,
4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 38 de 164	

ACTA DE REUNION

efectos previstos en la Ley.

5. Remitir a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de éste**, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que éstos se encuentren en firme. (Resaltado en subrayas y negrillas fuera del texto en cita)

Es decir, que la Resolución No 0510 del 26/03/2008 mediante la cual se reconoció la pensión de jubilación al accionante si bien fue expedida por el Secretario de Educación de la época, no es menos cierto que el mismo actuó con fundamento en la disposiciones antes citada, y por lo tanto, lo reclamado por el Convocante es una prestación a cargo de la Nación, cuyo reconocimiento y pago corresponde al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que significa que es esa la entidad llamada a responder a las peticiones de la actora²¹. Significa esto que si bien la Secretaría de Educación del Departamento fue la que proyectó el acto administrativo demandado, la decisión constituye una atribución conferida por la ley al Fondo.

Consecuencia de lo normado en las disposiciones anteriores, el Consejo de Estado ha concluido que las Secretarías de Educación cumplen, por disposición de la ley y del reglamento, funciones que, en principio, son propias del Ministerio de Educación, pero se depositan en aquellas como una estrategia de regionalización. (Sentencia del 26 de junio de 2013, proceso radicado 05001 33 33 025 2012 00067 01, Magistrado Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Por ello, desacertado es pensar que la obligación atinente al reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de jubilación de quienes prestan sus servicios como docentes oficiales recae en cabeza del ente territorial certificado, quien para estos específicos casos actúa como agente del poder central. Es por esto que en la sentencia arriba citada, el Consejo de Estado concluye que: "**la defensa de la legalidad de los reconocimientos y demás decisiones relacionadas con los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es un atributo del órgano central competente y no de la entidad local** (...)" por tratarse de un fenómeno de desconcentración administrativa, que implica que la competencia nunca salió de la Nación.

Recientemente el Consejo de Estado al tratar el tema de la legitimación en la causa por pasiva del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, luego de citar las normas a las que se hizo referencia párrafos atrás, concluyó que:

"En efecto, no hay duda de que es a la administración representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que

²¹ Cfr. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B CONSEJERO PONENTE DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil doce (2012). REF: EXPEDIENTE 050012331000200101414 01- No. INTERNO: 0708-2012-

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 39 de 164	

ACTA DE REUNION

para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.

Bajo estos supuestos, no le asiste la razón a la parte demandada cuando en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación formula la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, si bien es cierto la Ley 962 de 2005 establece un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, como quedó visto, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial, al cual pertenece el docente petionario, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales “Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo.”.

Así las cosas, contrario a lo afirmado por la parte demandada, estima la Sala que el extremo pasivo de la presente controversia fue integrado en debida forma dado que, es al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., a quien le correspondía pronunciarse en relación con la petición de la demandante tendiente a obtener el reajuste de la prestación pensional que viene percibiendo, como en efecto lo hizo mediante los actos demandados. Lo anterior, permite declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva...²²

Ahora bien si la legitimación en la causa se presume a partir de la condición de Nominador del Departamento, y que como tal está en la obligación de pagar la *Primas de navidad, de servicios y auxilio de transporte o movilización y vacaciones*, y tener en cuenta las mismas para realizar los aportes al Sistema Pensional, ello no implica que la obligación que aquí se reclama sea de su cargo, pues la **competencia pensional la sigue teniendo por expresa disposición legal la Nación, a través del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, y éste a través de una acción autónoma podrá repetir o cobrar a quien corresponda, por lo pagos de las prestaciones sociales que se solicitan sean incluidas en la reliquidación de la pensión.

Inepta demanda por no haberse obtenido previamente decisión de la Administración – “privilegio previo de la administración”

De la simple lectura de la solicitud y del análisis de los documentos adjuntos a la misma se tiene que ni los Convocantes ni su Apoderado han presentado similar reclamación a la que ahora nos ocupa ante esta Administración a fin de obtener un pronunciamiento previo sobre las reliquidaciones que pretende sean ordenadas judicialmente, asumiendo que con la Conciliación

²² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B Bogotá, D.C., catorce febrero de dos mil trece (2013) Magistrado Ponente: Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE Radicación número: 25000-23-25-000-20101(1048-2012).

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 40 de 164	

ACTA DE REUNION

Prejudicial se agotan los requisitos de procedibilidad previstos en la ley procesal para accionar ante la Jurisdicción Administrativa.

Conforme a lo normado en el artículo 161 núm. 2 del C.P.A.C.A. *“cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios”*. Si bien es cierto esta disposición se refiere a la interposición de los recursos ordinarios previstos en la ley procesal, no aplicable en el presente caso pues respecto de los actos atacados solo procede el recursos de reposición no obligatorio; no es menos cierto, que a partir de la misma y con base en el denominado *“privilegio de la decisión previa”*, es necesario que los accionantes hayan obtenido el pronunciamiento previo de la administración, respecto de los derechos que pretende reclamar ante la jurisdicción, como quiera que *“la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez”*.²³

Lo anterior, es catalogado doctrinaria y jurisprudencialmente como un privilegio a favor de la administración, por cuanto le permite pensar o reconsiderar la decisión que se pide o impugna; y como una garantía para el administrado, en tanto que mediante su gestión podrá convencer a la administración y evitarse así un pleito, aplicando *“principios de economía, celeridad y eficacia, los cuales orientan las actuaciones administrativas tal como lo ordenan los artículos 209 de la Constitución Política”*²⁴

Al respecto el doctor José Luís Benavides en el artículo **“La justificación de los recursos administrativos”** publicado en la Revista Derecho del Estado, indica al respecto de este tema: “En primer lugar, el privilegio de la revisión previa también se manifiesta en la congruencia que debe existir entre los argumentos expuestos para la impugnación del acto, en vía gubernativa, y los posteriores alegados en la sede judicial. El Consejo de Estado concibe que el debido proceso, a favor de la administración, impone al recurrente preservar en el proceso contencioso la misma línea de crítica que expuso en la revisión del acto en sede gubernativa (C.E., secc. I, sent. 11/10/06, rad. 3697; secc. II-B, sent. 21/05/09, rad. 4073-05). El privilegio de la revisión previa encuentra aquí una manifestación evidente, que pone de presente a cabalidad la condición de requisito de procedibilidad de la acción contenciosa, dada a la vía gubernativa.

Sobre este punto, son múltiples los pronunciamiento del Consejo de Estado que pueden traerse a colación, entre ellos:

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección B, sentencia del nueve (09) de junio de 2009, M.P.: Jesús María Lemos Bustamante, exp.: 2270-04.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-000-2009-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 41 de 164	

ACTA DE REUNION

“...no solo el uso de los recursos agota la vía gubernativa, pues la Ley ha consagrado algunos modos de impugnar que cumplen el mismo cometido.

*En todo caso, **para que se cumpla este requisito de procedibilidad, resulta necesario que el administrado exprese con claridad el objeto de su reclamación o los motivos de su inconformidad, según el caso, pues lo que se busca con dicha exigencia es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente ante la administración.** No quiere ello decir que sea imposible exponer ante la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión invocada en sede administrativa, siempre que no se cambie el objeto de la petición. **Así las cosas la persona que acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para interponer una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, podrá incluir nuevos argumentos y fundamentos de hecho y de derecho a los cuales no hizo mención al interponer los respectivos recursos en la vía gubernativa. Lo que no le es dable al demandante es incluir pretensiones distintas a las que adujo en sede administrativa o variar sustancialmente la reclamación²⁵,²⁶** (Subraya fuera del texto en cita).*

Igualmente, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-792 de 2006, siendo Magistrado Ponente el Dr. Rodrigo Escobar Gil, de fecha 20/09/2006, se ha pronunciado al respecto indicando que:

La necesidad de agotar la vía gubernativa como presupuesto para acudir a la jurisdicción constituye un privilegio de la Administración, derivado del principio de autotutela administrativa y por virtud del cual debe brindarse a los entes públicos la oportunidad de pronunciarse sobre sus propios actos antes de que las controversias que hayan surgido en torno a ellos sean planteadas ante los tribunales.

Es tan cierta esta ausencia de reclamación administrativa que permita a la administración pronunciarse acerca de la pretensión de reliquidación deprecada, que los actos administrativos cuya nulidad PARCIAL demanda el Señor Apoderado, corresponden a las Resoluciones mediante las cuales se reconoció la pensión de jubilación o de invalidez a sus mandantes, muchos de ellos expedidos más de veinte años antes de que el Consejo de Estado se pronunciara respecto al IBL a ser tenido en cuenta para efectos de liquidar la mesada pensional a quienes se encuentran en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, las Sentencia del

²⁵ Así lo ha considerado el Consejo de Estado v.gr, en sentencia de la Sala plena de lo Contencioso Administrativo, de 6 de agosto C.P. Clara Forero de Castro. Expediente S-145. Actor: Financiera Colpatria.

²⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-000689-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 42 de 164	

ACTA DE REUNION

14 de agosto de 2009, radicada bajo el No. 250002325000200506747, y la del 04 de agosto de 2010 radicado 250002325000200607509.

No conoció esta Administración de las pretensiones de los Convocantes sino con el escrito de Conciliación que nos ocupa, vulnerándose así el “privilegio de decisión previa” dispuesto por la ley a su favor, lo que generará una INEPTA DEMANDA al momento en que la Jurisdicción Administrativa conozca del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

RECOMENDACIÓN: En criterio de esta abogada el DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER y conforme a los argumentos jurídicos antes expuestos, no está llamado a conciliar respecto de las pretensiones de la Conciliación Prejudicial que nos ocupa, sin perjuicio de la posición que dentro de la diligencia adopte el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por carecer la Entidad Territorial Certificada, como se ha indicado en apartes anteriores, de legitimación material en la causa por pasiva y existir Falta de Competencia por no haberse agotado previamente la vía gubernativa por parte de los Convocantes.

OIDO Y ANALIZADO TODO LO EXPUESTO POR LA DOCTORA SONIA YURLEY RUIZ RIVEROS, ABOGADA EXTERNA DE LA SECRETRIA DE EDUCACION, LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DECIDEN POR UNANIMIDAD DE NO LLEGAR A NINGUN ACUERDO CONCILIATORIO.

8. . Concepto emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: MARIA EUGENIA GOMEZ FIGUEROA abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO

Toma la palabra la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretria de Educacion, el cual expone lo siguiente:

CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL	
Convocante (s)	MARIA EUGENIA GOMEZ FIGUEROA, 2017-840--081351-2 DEL 01/03/2017.
Apoderado: YOBANY LOPEZ QUINTERO	
Convocados	NACION – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MIN EDUCACION – DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 43 de 164	

ACTA DE REUNION

	(Tercero interesado)
--	-----------------------------

FECHA DE COMITÉ:

FECHA AUDIENCIA:

RESPONSABILIDAD DE LA FICHA Y APODERADO: Abogado. Sonia Yurley Ruiz R.

CUANTÍA:	\$ 40.134.590.00
-----------------	------------------

HECHOS MATERIA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL
--

La Convocante ha prestados sus servicios de manera ininterrumpida al Departamento Norte de Santander desde su nombramiento producido el 01 de junio de 1995 y hasta la fecha de solicitud de la prestación como docente.

La docente presentó ante la Secretaría de Educación Departamental solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales, expidiéndose para estos efectos la Resolución No. 5177 del 29 de diciembre de 2016. Aduce el Señor Apoderado que a pesar de la fecha de vinculación de su mandante las entidades demandadas aplicaron a efectos de liquidar sus Cesantías Parciales el régimen contemplado en el literal b) numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y no el contemplado en la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996 que consagran su pago en forma retroactiva y demás normas concordantes y complementarias.

Indica el Apoderado de los Convocantes, que las entidades demandadas no entendieron que la Ley 91 de 1989 mantuvo intacto el régimen de liquidación de cesantías de los docentes territoriales, el cual fue respetado por la Ley 4 de 1992, Ley 60 de 1993 (artículo 6º inciso cuarto, donde se dispone 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). Por su parte la Ley 115 de 1994 en los artículos 115 y 176 que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y dicha ley, sin que en ningún caso se puede desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.

Cita igualmente el Apoderado de los Convocantes que el Decreto 196 de 1995, artículo 5º mantuvo el respeto a los derechos adquiridos, así:

Docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios. Los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 44 de 164	

ACTA DE REUNION

*el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. **A estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tengan al momento de la incorporación y no se les podrá imponer renunciaciones o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto.***

Para el nivel territorial el cambio en el régimen de liquidación de cesantías está dado por la Ley 344 de 1996, que en su Artículo 13° dispuso: “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

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

La norma anterior es reglamentada a través del Decreto 1582 de 1998, que en su Artículo 1° ordena .- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

Concluye el Apoderado conforme al marco normativo anterior, que hasta el 31 de diciembre de 1996 el Legislador previó la existencia del régimen retroactivo de cesantías para los empleados públicos del orden territorial, como quiera que con posterioridad a dicha fecha – 1° de enero de 1997- surge un nuevo esquema de liquidación de prestaciones sociales para estos empleados públicos territoriales , imponiéndose la liquidación anualizada; pero aquellos docentes vinculados con anterioridad a dicha normativa conservarán el régimen retroactivo de liquidación, es decir, con el último salario devengado se liquida sobre la totalidad del tiempo de servicio.

PRETENSIONES:

- 25. Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 5177 del 29 de diciembre de 2016, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de cesantías parciales a su mandante.
- 26. Se declare que la docente **MARIA EUGENIA GOMEZ FIGUEROA**, tiene derecho a que la Nación (MEN) le reconozca a través del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO las cesantías parciales de manera retroactiva, tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente 01 de junio de 1995, mediante Decreto 048 de 1995, expedido por el Alcalde Municipal de Toledo.
- 27. Se declare que la docente **MARIA EUGENIA GOMEZ FIGUEROA**, tiene derecho a que la Nación (MEN - FOMAG) liquide, reconozca y pague sus cesantías retroactivas, conforme

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 45 de 164	

ACTA DE REUNION

a la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1945, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996, que consagran su pago en forma retroactiva.

28. Condenar a la Nación (MEN - FOMAG) a pagar el mayor valor que resulte de la cesantía retroactiva debidamente liquidada, por la suma de \$ 40.134.590.00
29. Condenar a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, según lo estipulado en el último párrafo del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.
30. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, sobre las sumas adeudadas a mi mandante, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 192 y numeral 4º del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.

ANÁLISIS Y CONCEPTO

CUESTION PREVIA:

Debe advertir inicialmente la suscrita abogada que si bien el Departamento está llamado en la presente Conciliación como tercero interesado, ya que el Señor Apoderado presenta como Convocados principales la NACION – MEN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, no es cierto que la Entidad Territorial Certificada deba acudir a la conciliación y menos aún a la demanda como un tercero con interés, toda vez que el FOMAG actúa en el pago de la prestación social cuya reliquidación se pretende, como un simple administrador de recursos, y en consecuencia de ser viables las pretensiones del Convocante, el mayor valor que resulte de reliquidar las cesantías bajo el régimen retroactivo, deberá ser PAGADO POR EL DEPARTAMENTO al FOMAG, siendo en consecuencia el Ente Territorial actor principal en la presente reclamación.

Ahora bien, ya frente a la reclamación que nos ocupa, los argumentos de la defensa están dados por los siguientes medios exceptivos que se consideran pueden tener prosperidad en vía judicial:

9. Inexistencia del Derecho

Conforme a lo manifestado por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en sentencia del 29 de septiembre de 2016, siendo Magistrado Ponente el Dr. Carlos Mario Peña Díaz, proferida dentro del radicado 54-001-23-33-000-2015-00110-00, actor: Armando Granados Duarte, demandados: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento Norte de Santander – Municipio de Cúcuta:

En este punto, a criterio de la Sala, la Ley 91 de 1989 constituye el régimen legal especial en lo que respecta al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales de los docentes con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin distinción alguna. En efecto, en materia de cesantías la aludida ley establece que los docentes nacionalizados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 recibirían un auxilio de cesantía consistente en un mes de salario por cada

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 46 de 164	

ACTA DE REUNION

año de servicio sobre el último salario devengado, es decir, que tales docentes conservan el régimen retroactivo, mientras que a los docentes del orden nacional y a los vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, se les liquida el auxilio de cesantía anualmente sin retroactividad, a la vez que se les cancela un interés anual sobre el saldo de las cesantías existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

La Corte Constitucional sobre el régimen especial de liquidación de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en sentencia C-928 del 8 de noviembre de 2006, con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto, expuso 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^[1], 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.

(...)

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.

Lo anterior permite concluir, que tanto a los docentes nacionales y nacionalizados, docentes Departamentales, Distritales y Municipales financiados o cofinanciados por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales, se les aplica la Ley 91 de 1989 la cual estableció el régimen de cesantías a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 con el sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Tal planteamiento fue adoptado por el Consejo de Estado en sentencia del 9 de julio de 2009, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, dentro del proceso radicado con el número 76001-23-31-000-2004-01655-01 (0672-07), donde se indicó:

Al quedar establecido que la actora inició sus labores como docente al Municipio de Obando en el año de 1995, esto es, con posterioridad a la fecha señalada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (1º de enero de 1990), el pago de sus cesantías no debía efectuarse con carácter

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 47 de 164	

ACTA DE REUNION

retroactivo sino que, conforme señala la norma en mención, “se reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad”.

De esta forma concluye el Tribunal, que el régimen de cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, será el anualizado, no existiendo en consecuencia lugar a la viabilidad de las pretensiones aquí consignadas.

10. INEPTA DEMANDA POR FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITIS CONSORCIO NECESARIO.

La señora **MARIA EUGENIA GOMEZ FIGUEROA**, fue vinculada como docente oficial por nombramiento contenido en el Decreto 048 del 01 de junio de 1995, expedido por el Alcalde Municipal de Toledo, posesionada el 02 de ese mes y año. Es decir, que su vinculación corresponde a la DOCENTE MUNICIPAL FINANCIADA CON RECURSOS PROPIOS.

A la entrada en vigencia de la Ley 715 de 2001, el Departamento como Entidad Certificada en el Sector Educación debió asumir la prestación del servicio educativo respecto de los 39 municipios no certificados de su jurisdicción, entre los que se encuentra el Municipio de Toledo. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 17 ibídem, el Departamento debió incorporar a su planta de personal para pago con recursos del Sistema General de Participaciones, a los docentes de los municipios no certificados. Para el caso específico del Municipio de Los Patios, sus docentes con vinculación municipal fueron incorporados al Departamento en el año 2003, dentro de los cuales se encuentra la hoy convocante **MARIA EUGENIA GOMEZ FIGUEROA**.

Según la información que reposa en la dependencia educativa, la docente **MARIA EUGENIA GOMEZ FIGUEROA** fue afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el 27 de septiembre de 2000, lo que significa que su afiliación y el régimen de liquidación de cesantías que le correspondía fue llevado a cabo por el MUNICIPIO DE TOLEDO, su inicial empleador, quien en el evento de prosperidad de la acción le correspondería concurrir con los recursos de la retroactividad de la liquidación de cesantías por el período comprendido desde su nombramiento hasta la fecha en que fue incorporada a la planta del Departamento.

De esta forma, debe el MUNICIPIO DE TOLEDO en su condición de empleador inicial concurrir a esta diligencia y a la demanda posterior, pues deberá él responder por la retroactividad de las cesantías deprecadas por el lapso durante el cual la docente **MARIA EUGENIA GOMEZ FIGUEROA**, ostentó la condición de docente municipal, ya que fue él quien al afiliarla al FOMAG no informó al mismo acerca de cuál régimen de liquidación correspondía a la docente.

Esta indebida integración del litis consorcio deberá verse reflejada en el proceso judicial respectivo en medio exceptivo de INEPTA DEMANDA POR INDEBIDA INTEGRACIÓN DEL LISTIS CONSORCIO NECESARIO, figura que al no encontrarse normada en el CPACA, será el

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 48 de 164	

ACTA DE REUNION

ordenamiento de Procedimiento Civil el aplicable por remisión del artículo 306 ídem.. El artículo 61 del Código General del Proceso determina que se está frente al litis consorcio necesario, cuando la cuestión litigiosa haya de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes, es decir, cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales o por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos acto (arts. 61 y 90 C. P. C.).

Debe igualmente indicarse, que para el cambio del régimen de cesantías de un docente afiliado al FOMAG, debe la entidad que lo afilió proceder a realizar el cambio de régimen, debiéndose en consecuencia consultar a dicho FONDO el procedimiento que legalmente debe acometer la Entidad para mutar el régimen de liquidación de cesantías.

11. Inepta demanda por no haberse obtenido previamente decisión de la Administración – “privilegio previo de la administración”

De la simple lectura de la solicitud y del análisis de los documentos adjuntos a la misma se tiene que ni la Convocante ni su Apoderado han presentado similar reclamación a la que ahora nos ocupa ante esta Administración a fin de obtener un pronunciamiento previo sobre las reliquidaciones que pretende sean ordenadas judicialmente, asumiendo que con la Conciliación Prejudicial se agotan los requisitos de procedibilidad previstos en la ley procesal para accionar ante la Jurisdicción Administrativa, pues conforme se cita en el escrito de conciliación, al únicamente proceder el recurso de reposición contra el acto administrativo de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, éste no es obligatorio.

No obstante lo anterior, observa esta abogada, que conforme a lo normado en el artículo 161 núm. 2 del C.P.A.C.A. *“cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios”*. Si bien es cierto esta disposición se refiere a la interposición de los recursos ordinarios previstos en la ley procesal, efectivamente no aplicable en el presente caso pues respecto de los actos atacados solo procede el recursos de reposición no obligatorio; no es menos cierto, que a partir de la misma y con base en el denominado *“privilegio de la decisión previa”*, es necesario que el accionante haya obtenido el pronunciamiento previo de la administración, respecto de los derechos que pretende reclamar ante la jurisdicción, como quiera que *“la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez”*.²⁷

Lo anterior, es catalogado doctrinaria y jurisprudencialmente como un privilegio a favor de la administración, por cuanto le permite pensar o reconsiderar la decisión que se pide o impugna; y como una garantía para el administrado, en tanto que mediante su gestión podrá convencer a la

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección B, sentencia del nueve (09) de junio de 2009, M.P.: Jesús María Lemos Bustamante, exp.: 2270-04.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 49 de 164	

ACTA DE REUNION

administración y evitarse así un pleito, aplicando “*principios de economía, celeridad y eficacia, los cuales orientan las actuaciones administrativas tal como lo ordenan los artículos 209 de la Constitución Política*”²⁸

Al respecto el doctor José Luís Benavides en el artículo “**La justificación de los recursos administrativos**” publicado en la Revista Derecho del Estado, indica al respecto de este tema: “En primer lugar, el privilegio de la revisión previa también se manifiesta en la congruencia que debe existir entre los argumentos expuestos para la impugnación del acto, en vía gubernativa, y los posteriores alegados en la sede judicial. El Consejo de Estado concibe que el debido proceso, a favor de la administración, impone al recurrente preservar en el proceso contencioso la misma línea de crítica que expuso en la revisión del acto en sede gubernativa (C.E., secc. I, sent. 11/10/06, rad. 3697; secc. II-B, sent. 21/05/09, rad. 4073-05). El privilegio de la revisión previa encuentra aquí una manifestación evidente, que pone de presente a cabalidad la condición de requisito de procedibilidad de la acción contenciosa, dada a la vía gubernativa.

Sobre este punto, son múltiples los pronunciamientos del Consejo de Estado que pueden traerse a colación, entre ellos:

“...no solo el uso de los recursos agota la vía gubernativa, pues la Ley ha consagrado algunos modos de impugnar que cumplen el mismo cometido.

*En todo caso, **para que se cumpla este requisito de procedibilidad, resulta necesario que el administrado exprese con claridad el objeto de su reclamación o los motivos de su inconformidad, según el caso, pues lo que se busca con dicha exigencia es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente ante la administración.** No quiere ello decir que sea imposible exponer ante la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión invocada en sede administrativa, siempre que no se cambie el objeto de la petición. **Así las cosas la persona que acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para interponer una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, podrá incluir nuevos argumentos y fundamentos de hecho y de derecho a los cuales no hizo mención al interponer los respectivos recursos en la vía gubernativa. Lo que no le es dable al demandante es incluir pretensiones distintas a las que adujo en sede administrativa o variar sustancialmente la reclamación**²⁹.”³⁰ (Subraya fuera del texto en cita).*

Igualmente, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-792 de 2006, siendo Magistrado

²⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-000-2009-02(0880-10)

²⁹ Así lo ha considerado el Consejo de Estado v.gr, en sentencia de la Sala plena de lo Contencioso Administrativo, de 6 de agosto de 2006. C.P. Clara Forero de Castro. Expediente S-145. Actor: Financiera Colpatría.

³⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-000-00689-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 50 de 164	

ACTA DE REUNION

Ponente el Dr. Rodrigo Escobar Gil, de fecha 20/09/2006, se ha pronunciado al respecto indicando que:

La necesidad de agotar la vía gubernativa como presupuesto para acudir a la jurisdicción constituye un privilegio de la Administración, derivado del principio de autotutela administrativa y por virtud del cual debe brindarse a los entes públicos la oportunidad de pronunciarse sobre sus propios actos antes de que las controversias que hayan surgido en torno a ellos sean planteadas ante los tribunales.

Es tan cierta esta ausencia de reclamación administrativa que permita a la administración pronunciarse acerca de la pretensión de reliquidación deprecada, que el acto administrativo cuya nulidad PARCIAL demanda el Señor Apoderado, corresponden a la Resolución mediante las cuales se reconoció la cesantía parcial, la docente **MARIA EUGENIA GOMEZ FIGUEROA** renunció a términos de ejecutoria, en consecuencia, en una nómina de más de seis mil docente, muchos de ellos como en el presente incorporados a la planta de personal departamental por disposición de la Ley 715 de 2001, habiendo sido afiliados al FOMAG por sus empleadores iniciales, cómo puede pretenderse válidamente llevarse a juicio sin haberse dado la oportunidad de conocer en instancia previa de esta reclamación.

Nada manifiesta la Convocante acerca de que ya se le habían reconocido cesantías parciales por la suma de \$27.878.699.00, las cuales fueron recibidas sin que nada se hubiera objetado respecto al régimen de liquidación de las mismas. Así las cosas, no conoció esta Administración de las pretensiones de los Convocantes sino con el escrito de Conciliación que nos ocupa, vulnerándose así el “privilegio de decisión previa” dispuesto por la ley a su favor, lo que generará una INEPTA DEMANDA al momento en que la Jurisdicción Administrativa conozca del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

COMPENSACIÓN.

La Convocante solicita el pago retroactivo de sus cesantías, es decir, que como funcionaria con régimen anualizado de cesantías ha venido percibiendo del FOMAG el pago de intereses a las cesantías, valores estos que deberán ser **compensados a favor de la Entidad** en caso de que éstas sean vencidas en juicio, pues el poder adquisitivo de la prestación social estará dado por la liquidación de las mismas con base en el salario devengado en el último año de servicios.

La compensación como forma de novación de las obligaciones está definida en el artículo 1714 del Código Civil colombiano, y opera cuando dos personas son deudoras una de otra.

En virtud de una protección legítima del erario público, debe presentarse esta excepción buscando que se compensen las sumas pagadas y recibidas por la accionante por concepto de intereses a las cesantías, con las que llegare a pagarse por concepto de reliquidación con retroactividad de la prestación social deprecada.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 51 de 164	

ACTA DE REUNION

RECOMENDACIÓN: En criterio de esta abogada el DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER y conforme a los argumentos jurídicos antes expuestos, no está llamado a conciliar respecto de las pretensiones de la Conciliación Prejudicial que nos ocupa, como se ha indicado en apartes anteriores.

OIDO Y ANALIZADO TODO LO EXPUESTO POR LA DOCTORA SONIA YURLEY RUIZ RIVEROS, ABOGADA EXTERNA DE LA SECRETRIA DE EDUCACION, LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DECIDEN POR UNANIMIDAD DE NO LLEGAR A NINGUN ACUERDO CONCILIATORIO.

9. . **Concepto emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: MARTHA ELIZABETH RUIZ DUARTE abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO.**

Toma la palabra la doctora sonio yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretria de Educacion, el cual expone lo siguiente:

CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL	
Convocante (s)	MARTHA ELIZABETH RUIZ DUARTE, 2017-840--081350-2 DEL 01/03/2017.
Apoderado: YOBANY LOPEZ QUINTERO	
Convocados	NACION – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MIN EDUCACION – DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER (Tercero interesado)

FECHA DE COMITÉ:

FECHA AUDIENCIA:

RESPONSABILIDAD DE LA FICHA Y APODERADO: Abogado. Sonia Yurley Ruiz R.

CUANTÍA:	\$ 42.017.533.00
-----------------	------------------

HECHOS MATERIA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL

La Convocante ha prestados sus servicios de manera ininterrumpida al Departamento Norte de

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 52 de 164	

ACTA DE REUNION

Santander desde su nombramiento producido el 07 de marzo de 1995 y hasta la fecha de solicitud de la prestación como docente.

La docente presentó ante la Secretaría de Educación Municipal solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales, expidiéndose para estos efectos la Resolución No. 5287 del 05 de diciembre de 2016. Aduce el Señor Apoderado que a pesar de la fecha de vinculación de su mandante las entidades demandadas aplicaron a efectos de liquidar sus Cesantías Parciales el régimen contemplado en el literal b) numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y no el contemplado en la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996 que consagran su pago en forma retroactiva y demás normas concordantes y complementarias.

Indica el Apoderado de los Convocantes, que las entidades demandadas no entendieron que la Ley 91 de 1989 mantuvo intacto el régimen de liquidación de cesantías de los docentes territoriales, el cual fue respetado por la Ley 4 de 1992, Ley 60 de 1993 (artículo 6º inciso cuarto, donde se dispone 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). Por su parte la Ley 115 de 1994 en los artículos 115 y 176 que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y dicha ley, sin que en ningún caso se puede desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.

Cita igualmente el Apoderado de los Convocantes que el Decreto 196 de 1995, artículo 5º mantuvo el respeto a los derechos adquiridos, así:

*Docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios. Los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. **A estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tengan al momento de la incorporación y no se les podrá imponer renunciaciones o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto.***

Para el nivel territorial el cambio en el régimen de liquidación de cesantías está dado por la Ley 344 de 1996, que en su Artículo 13º dispuso: “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

- a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 53 de 164	

ACTA DE REUNION

fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

La norma anterior es reglamentada a través del Decreto 1582 de 1998, que en su Artículo 1º ordena .- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

Concluye el Apoderado conforme al marco normativo anterior, que hasta el 31 de diciembre de 1996 el Legislador previó la existencia del régimen retroactivo de cesantías para los empleados públicos del orden territorial, como quiera que con posterioridad a dicha fecha – 1º de enero de 1997- surge un nuevo esquema de liquidación de prestaciones sociales para estos empleados públicos territoriales , imponiéndose la liquidación anualizada; pero aquellos docentes vinculados con anterioridad a dicha normativa conservarán el régimen retroactivo de liquidación, es decir, con el último salario devengado se liquida sobre la totalidad del tiempo de servicio.

PRETENSIONES:

31. Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 5287 del 05 de diciembre de 2016, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de cesantías parciales a su mandante.
32. Se declare que la docente **MARTHA ELIZABETH RUIZ DUARTE**, tiene derecho a que la Nación (MEN) le reconozca a través del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO las cesantías parciales de manera retroactiva, tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente 07 de marzo de 1995, mediante Decreto 000202 de 1995, y liquidada sobre el último salario devengado a la fecha de la presentación de la prestación, con la totalidad de los factores salariales de conformidad con la ley 6ª 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 de forma retroactiva.
33. Se declare que la docente **MARTHA ELIZABETH RUIZ DUARTE**, tiene derecho a que la Nación (MEN - FOMAG) liquide, reconozca y pague sus cesantías retroactivas, conforme a la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1945, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996, que consagran su pago en forma retroactiva.
34. Condenar a la Nación (MEN - FOMAG) a pagar el mayor valor que resulte de la cesantía retroactiva debidamente liquidada, por la suma de \$ 42.017.533.00.
35. Condenar a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, según lo estipulado en el último párrafo del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.
36. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, sobre las sumas adeudadas a mi mandante, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 192 y numeral 4º del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 54 de 164	

ACTA DE REUNION

ANÁLISIS Y CONCEPTO

CUESTION PREVIA:

12. Inexistencia del Derecho

Conforme a lo manifestado por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en sentencia del 29 de septiembre de 2016, siendo Magistrado Ponente el Dr. Carlos Mario Peña Díaz, proferida dentro del radicado 54-001-23-33-000-2015-00110-00, actor: Armando Granados Duarte, demandados: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento Norte de Santander – Municipio de Cúcuta:

En este punto, a criterio de la Sala, la Ley 91 de 1989 constituye el régimen legal especial en lo que respecta al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales de los docentes con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin distinción alguna. En efecto, en materia de cesantías la aludida ley establece que los docentes nacionalizados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 recibirían un auxilio de cesantía consistente en un mes de salario por cada año de servicio sobre el último salario devengado, es decir, que tales docentes conservan el régimen retroactivo, mientras que a los docentes del orden nacional y a los vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, se les liquida el auxilio de cesantía anualmente sin retroactividad, a la vez que se les cancela un interés anual sobre el saldo de las cesantías existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

La Corte Constitucional sobre el régimen especial de liquidación de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en sentencia C-928 del 8 de noviembre de 2006, con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto, expuso 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^[1], 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.

(...)

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

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 55 de 164	

ACTA DE REUNION

de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

Lo anterior permite concluir, que tanto a los docentes nacionales y nacionalizados, docentes Departamentales, Distritales y Municipales financiados o cofinanciados por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales, se les aplica la Ley 91 de 1989 la cual estableció el régimen de cesantías a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 con el sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Tal planteamiento fue adoptado por el Consejo de Estado en sentencia del 9 de julio de 2009, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, dentro del proceso radicado con el número 76001-23-31-000-2004-01655-01 (0672-07), donde se indicó:

Al quedar establecido que la actora inició sus labores como docente al Municipio de Obando en el año de 1995, esto es, con posterioridad a la fecha señalada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (1º de enero de 1990), el pago de sus cesantías no debía efectuarse con carácter retroactivo sino que, conforme señala la norma en mención, “se reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad”.

De esta forma concluye el Tribunal, que el régimen de cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, será el anualizado, no existiendo en consecuencia lugar a la viabilidad de las pretensiones aquí consignadas.

13. Inepta demanda por no haberse obtenido previamente decisión de la Administración – “privilegio previo de la administración”

De la simple lectura de la solicitud y del análisis de los documentos adjuntos a la misma se tiene que ni la Convocante ni su Apoderado han presentado similar reclamación a la que ahora nos ocupa ante esta Administración a fin de obtener un pronunciamiento previo sobre las reliquidaciones que pretende sean ordenadas judicialmente, asumiendo que con la Conciliación Prejudicial se agotan los requisitos de procedibilidad previstos en la ley procesal para accionar ante la Jurisdicción Administrativa, pues conforme se cita en el escrito de conciliación, al únicamente proceder el recurso de reposición contra el acto administrativo de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, éste no es obligatorio.

No obstante lo anterior, observa esta abogada, que conforme a lo normado en el artículo 161 núm. 2 del C.P.A.C.A. “cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios”. Si bien es cierto esta disposición se refiere a la interposición de los recursos ordinarios previstos en la ley procesal, efectivamente no aplicable en el presente caso pues respecto de los actos atacados solo

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 56 de 164	

ACTA DE REUNION

procede el recursos de reposición no obligatorio; no es menos cierto, que a partir de la misma y con base en el denominado “*privilegio de la decisión previa*”, es necesario que el accionante haya obtenido el pronunciamiento previo de la administración, respecto de los derechos que pretende reclamar ante la jurisdicción, como quiera que “*la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez*”.³¹

Lo anterior, es catalogado doctrinaria y jurisprudencialmente como un privilegio a favor de la administración, por cuanto le permite pensar o reconsiderar la decisión que se pide o impugna; y como una garantía para el administrado, en tanto que mediante su gestión podrá convencer a la administración y evitarse así un pleito, aplicando “*principios de economía, celeridad y eficacia, los cuales orientan las actuaciones administrativas tal como lo ordenan los artículos 209 de la Constitución Política*”³²

Al respecto el doctor José Luís Benavides en el artículo “**La justificación de los recursos administrativos**” publicado en la Revista Derecho del Estado, indica al respecto de este tema: “En primer lugar, el privilegio de la revisión previa también se manifiesta en la congruencia que debe existir entre los argumentos expuestos para la impugnación del acto, en vía gubernativa, y los posteriores alegados en la sede judicial. El Consejo de Estado concibe que el debido proceso, a favor de la administración, impone al recurrente preservar en el proceso contencioso la misma línea de crítica que expuso en la revisión del acto en sede gubernativa (C.E., secc. I, sent. 11/10/06, rad. 3697; secc. II-B, sent. 21/05/09, rad. 4073-05). El privilegio de la revisión previa encuentra aquí una manifestación evidente, que pone de presente a cabalidad la condición de requisito de procedibilidad de la acción contenciosa, dada a la vía gubernativa.

Sobre este punto, son múltiples los pronunciamiento del Consejo de Estado que pueden traerse a colación, entre ellos:

“...no solo el uso de los recursos agota la vía gubernativa, pues la Ley ha consagrado algunos modos de impugnar que cumplen el mismo cometido.

*En todo caso, **para que se cumpla este requisito de procedibilidad, resulta necesario que el administrado exprese con claridad el objeto de su reclamación o los motivos de su inconformidad, según el caso, pues lo que se busca con dicha exigencia es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente ante la administración.** No quiere ello decir que sea imposible exponer ante la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión invocada en sede administrativa, siempre que no se cambie el objeto de la petición. **Así las cosas la persona que acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para***

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección B, sentencia del nueve (09) de junio de 2009, M.P.: Jesús María Lemos Bustamante, exp.: 2270-04.

³² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-000-2009-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 57 de 164	

ACTA DE REUNION

interponer una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, podrá incluir nuevos argumentos y fundamentos de hecho y de derecho a los cuales no hizo mención al interponer los respectivos recursos en la vía gubernativa. Lo que no le es dable al demandante es incluir pretensiones distintas a las que adujo en sede administrativa o variar sustancialmente la reclamación³³,³⁴ (Subraya fuera del texto en cita).

Igualmente, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-792 de 2006, siendo Magistrado Ponente el Dr. Rodrigo Escobar Gil, de fecha 20/09/2006, se ha pronunciado al respecto indicando que:

La necesidad de agotar la vía gubernativa como presupuesto para acudir a la jurisdicción constituye un privilegio de la Administración, derivado del principio de autotutela administrativa y por virtud del cual debe brindarse a los entes públicos la oportunidad de pronunciarse sobre sus propios actos antes de que las controversias que hayan surgido en torno a ellos sean planteadas ante los tribunales.

Es tan cierta esta ausencia de reclamación administrativa que permita a la administración pronunciarse acerca de la pretensión de reliquidación deprecada, que los actos administrativos cuya nulidad PARCIAL demanda el Señor Apoderado, corresponde a la Resolución mediante la cual se le reconoció la cesantía parcial, quien renunció a términos de ejecutoria, en consecuencia, en una nómina de más de seis mil docente, muchos de ellos incorporados a la planta de personal departamental por disposición de la Ley 715 de 2001, cómo puede pretenderse válidamente llevarse a juicio sin habersele dado la oportunidad de conocer en instancia previa de esta reclamación, máxime cuando no ha sido ella quien ha expedido los mismos.

Nada dice la Convocante que ya había recibido un anticipo previo por la suma de \$28.699.197.00, sin que nada se dijera respecto al cambio de régimen de liquidación de cesantías que ahora peticona. En consecuencia, no conoció esta Administración de las pretensiones de la Convocante sino con el escrito de Conciliación que nos ocupa, vulnerándose así el “privilegio de decisión previa” dispuesto por la ley a su favor, lo que generará una INEPTA DEMANDA al momento en que la Jurisdicción Administrativa conozca del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

COMPENSACIÓN.

El Convocante solicita el pago retroactivo de sus cesantías, es decir, que como funcionario con régimen anualizado de cesantías ha venido percibiendo del FOMAG el pago de intereses a las cesantías, valores estos que deberán ser **compensados a favor de la Entidad** en caso de que éstas sean vencidas en juicio, pues el poder adquisitivo de la prestación social estará dado por la liquidación de las mismas con base en el salario devengado en el último año de servicios.

La compensación como forma de novación de las obligaciones está definida en el artículo 1714 del

³³ Así lo ha considerado el Consejo de Estado v.gr, en sentencia de la Sala plena de lo Contencioso Administrativo, de 6 de agosto de 2006, C.P. Clara Forero de Castro. Expediente S-145. Actor: Financiera Colpatría.

³⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-0000689-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 58 de 164	

ACTA DE REUNION

Código Civil colombiano, y opera cuando dos personas son deudoras una de otra.

En virtud de una protección legítima del erario público, debe presentarse esta excepción buscando que se compensen las sumas pagadas y recibidas por la accionante por concepto de intereses a las cesantías, con las que llegare a pagarse por concepto de reliquidación con retroactividad de la prestación social deprecada.

RECOMENDACIÓN: En criterio de esta abogada el DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER y conforme a los argumentos jurídicos antes expuestos, no está llamado a conciliar respecto de las pretensiones de la Conciliación Prejudicial que nos ocupa, de conformidad con los criterios antes expuestos.

OIDO Y ANALIZADO TODO LO EXPUESTO POR LA DOCTORA SONIA YURLEY RUIZ RIVEROS, ABOGADA EXTERNA DE LA SECRETARIA DE EDUCACION, LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DECIDEN POR UNANIMIDAD DE NO LLEGAR A NINGUN ACUERDO CONCILIATORIO.

10. **Concepto**
emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: CARMEN CECILIA DURAN LEAL abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO.

Toma la palabra la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, el cual expone lo siguiente:

CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL	
Convocante (s)	CARMEN CECILIA DURAN LEAL, 2017-840-083762-2 DEL 13/03/2017
Apoderado: YOBANY LOPEZ QUINTERO	
Convocados	NACION – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MIN EDUCACION – DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER (Tercero interesado)

FECHA DE COMITÉ:

FECHA AUDIENCIA:

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 59 de 164	

ACTA DE REUNION

RESPONSABILIDAD DE LA FICHA Y APODERADO: Abogado. Sonia Yurley Ruiz R.

CUANTÍA:	\$38.200.236.oo
-----------------	-----------------

HECHOS MATERIA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL

La Convocante ha prestado sus servicios de manera ininterrumpida al Departamento Norte de Santander desde su nombramiento producido el 07 de marzo de 1995 y hasta la fecha de solicitud de la prestación como docente.

La docente presentó ante la Secretaría de Educación solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales, expidiéndose para estos efectos la Resolución No.0043 del 30 de Enero de 2017. Aduce el Señor Apoderado que a pesar de la fecha de vinculación de su mandante las entidades demandadas aplicaron a efectos de liquidar sus Cesantías Parciales el régimen contemplado en el literal b) numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y no el contemplado en la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996 que consagran su pago en forma retroactiva y demás normas concordantes y complementarias.

Indica el Apoderado de la Convocante, que las entidades demandadas no entendieron que la Ley 91 de 1989 mantuvo intacto el régimen de liquidación de cesantías de los docentes territoriales, el cual fue respetado por la Ley 4 de 1992, Ley 60 de 1993 (artículo 6º inciso cuarto, donde se dispone 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). Por su parte la Ley 115 de 1994 en los artículos 115 y 176 que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y dicha ley, sin que en ningún caso se puede desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.

Cita igualmente el Apoderado de la Convocante que el Decreto 196 de 1995, artículo 5º mantuvo el respeto a los derechos adquiridos, así:

*Docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios. Los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. **A estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tengan al momento de la incorporación y no se les podrá imponer renunciaciones o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto.***

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 60 de 164	

ACTA DE REUNION

Para el nivel territorial el cambio en el régimen de liquidación de cesantías está dado por la Ley 344 de 1996, que en su Artículo 13° dispuso: “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

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

La norma anterior es reglamentada a través del Decreto 1582 de 1998, que en su Artículo 1° ordena .- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

Concluye el Apoderado conforme al marco normativo anterior, que hasta el 31 de diciembre de 1996 el Legislador previó la existencia del régimen retroactivo de cesantías para los empleados públicos del orden territorial, como quiera que con posterioridad a dicha fecha – 1° de enero de 1997- surge un nuevo esquema de liquidación de prestaciones sociales para estos empleados públicos territoriales , imponiéndose la liquidación anualizada; pero aquellos docentes vinculados con anterioridad a dicha normativa conservarán el régimen retroactivo de liquidación, es decir, con el último salario devengado se liquida sobre la totalidad del tiempo de servicio.

PRETENSIONES:

37. Se declare la nulidad parcial de la Resolución No.0043 del 30 de Enero de 2017, expedida por DORIS ANGARITA ACOSTA, SECRETARIA DE DESPACHO AREA DIRECCION EDUCATIVA, por la cual se reconoció y ordenó el pago de una CESANTIA PARCIAL a su mandante, docente CARMEN CECILIA DURAN LEAL.
38. Se declare que la docente CARMEN CECILIA DURAN LEAL, tiene derecho a que la Nación (MEN) le reconozca y pague a través del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO las cesantías parciales de manera retroactiva, tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente 07 de marzo de 1995, mediante Decreto 000201 de 1995, y liquidada sobre el último salario devengado a la fecha de la presentación de la prestación, con la totalidad de los factores salariales de conformidad con la ley 6ª 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 de forma retroactiva.
39. Se declare que la docente CARMEN CECILIA DURAN LEAL, tiene derecho a que la Nación (MEN - FOMAG) liquide, reconozca y pague sus cesantías retroactivas, conforme a la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1945, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996, que consagran su pago en forma retroactiva.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 61 de 164	

ACTA DE REUNION

40. Condenar a la Nación (MEN - FOMAG) a pagar el mayor valor que resulte de la cesantía retroactiva debidamente liquidada, por la suma de \$38.200.236.00, que resulta entre la diferencia de la cantidad efectivamente reconocida conforme a la Resolución No. No.0043 del 30 de Enero de 2017, equivalente a \$32.554.451.00, con el resultante de la reliquidación por concepto de la CESANTIA PARCIAL retroactiva debidamente liquidada, desde el 07 de marzo de 1995, momento de su vinculación a la docencia oficial, es decir la suma de \$70.754.547.00.
41. Condenar a la Nación (MEN - FOMAG) a pagar el mayor valor que resulte de la cesantía retroactiva debidamente liquidada, contado desde el momento en que la entidad efectuó el reconocimiento y pago de la diferencia que mi representado se encuentra cobrando.
42. Condenar a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, según lo estipulado en el último párrafo del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.
43. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, sobre las sumas adeudadas a mi mandante, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 192 y numeral 4º del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.

ANÁLISIS Y CONCEPTO

CUESTION PREVIA:

14. Inexistencia del Derecho

Conforme a lo manifestado por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en sentencia del 29 de septiembre de 2016, siendo Magistrado Ponente el Dr. Carlos Mario Peña Díaz, proferida dentro del radicado 54-001-23-33-000-2015-00110-00, actor: Armando Granados Duarte, demandados: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento Norte de Santander – Municipio de Cúcuta:

En este punto, a criterio de la Sala, la Ley 91 de 1989 constituye el régimen legal especial en lo que respecta al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales de los docentes con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin distinción alguna. En efecto, en materia de cesantías la aludida ley establece que los docentes nacionalizados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 recibirían un auxilio de cesantía consistente en un mes de salario por cada año de servicio sobre el último salario devengado, es decir, que tales docentes conservan el régimen retroactivo, mientras que a los docentes del orden nacional y a los vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, se les liquida el auxilio de cesantía anualmente sin retroactividad, a la vez que se les cancela un interés anual sobre el saldo de las cesantías existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

La Corte Constitucional sobre el régimen especial de liquidación de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en sentencia C-928 del 8 de

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 62 de 164	

ACTA DE REUNION

noviembre de 2006, con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto, expuso 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^[1], 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.

(...)

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.

Lo anterior permite concluir, que tanto a los docentes nacionales y nacionalizados, docentes Departamentales, Distritales y Municipales financiados o cofinanciados por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales, se les aplica la Ley 91 de 1989 la cual estableció el régimen de cesantías a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 con el sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Tal planteamiento fue adoptado por el Consejo de Estado en sentencia del 9 de julio de 2009, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, dentro del proceso radicado con el número 76001-23-31-000-2004-01655-01 (0672-07), donde se indicó:

Al quedar establecido que la actora inició sus labores como docente al Municipio de Obando en el año de 1995, esto es, con posterioridad a la fecha señalada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (1º de enero de 1990), el pago de sus cesantías no debía efectuarse con carácter retroactivo sino que, conforme señala la norma en mención, “se reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad”.

De esta forma concluye el Tribunal, que el régimen de cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, será el anualizado, no existiendo en consecuencia lugar a la viabilidad de las pretensiones aquí consignadas.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 63 de 164	

ACTA DE REUNION

15. Inepta demanda por no haberse obtenido previamente decisión de la Administración – “privilegio previo de la administración”

De la simple lectura de la solicitud y del análisis de los documentos adjuntos a la misma se tiene que ni la Convocante ni su Apoderado han presentado similar reclamación a la que ahora nos ocupa ante esta Administración a fin de obtener un pronunciamiento previo sobre las reliquidaciones que pretende sean ordenadas judicialmente, asumiendo que con la Conciliación Prejudicial se agotan los requisitos de procedibilidad previstos en la ley procesal para accionar ante la Jurisdicción Administrativa, pues conforme se cita en el escrito de conciliación, al únicamente proceder el recurso de reposición contra el acto administrativo de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, éste no es obligatorio.

No obstante lo anterior, observa esta abogada, que conforme a lo normado en el artículo 161 núm. 2 del C.P.A.C.A. *“cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios”*. Si bien es cierto esta disposición se refiere a la interposición de los recursos ordinarios previstos en la ley procesal, efectivamente no aplicable en el presente caso pues respecto de los actos atacados solo procede el recursos de reposición no obligatorio; no es menos cierto, que a partir de la misma y con base en el denominado *“privilegio de la decisión previa”*, es necesario que el accionante haya obtenido el pronunciamiento previo de la administración, respecto de los derechos que pretende reclamar ante la jurisdicción, como quiera que *“la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez”*.³⁵

Lo anterior, es catalogado doctrinaria y jurisprudencialmente como un privilegio a favor de la administración, por cuanto le permite pensar o reconsiderar la decisión que se pide o impugna; y como una garantía para el administrado, en tanto que mediante su gestión podrá convencer a la administración y evitarse así un pleito, aplicando *“principios de economía, celeridad y eficacia, los cuales orientan las actuaciones administrativas tal como lo ordenan los artículos 209 de la Constitución Política”*³⁶

Al respecto el doctor José Luís Benavides en el artículo **“La justificación de los recursos administrativos”** publicado en la Revista Derecho del Estado, indica al respecto de este tema: “En primer lugar, el privilegio de la revisión previa también se manifiesta en la congruencia que debe existir entre los argumentos expuestos para la impugnación del acto, en vía gubernativa, y los

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección B, sentencia del nueve (09) de junio de 2009, M.P.: Jesús María Lemos Bustamante, exp.: 2270-04.

³⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-000-2009-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 64 de 164	

ACTA DE REUNION

posteriores alegados en la sede judicial. El Consejo de Estado concibe que el debido proceso, a favor de la administración, impone al recurrente preservar en el proceso contencioso la misma línea de crítica que expuso en la revisión del acto en sede gubernativa (C.E., secc. I, sent. 11/10/06, rad. 3697; secc. II-B, sent. 21/05/09, rad. 4073-05). El privilegio de la revisión previa encuentra aquí una manifestación evidente, que pone de presente a cabalidad la condición de requisito de procedibilidad de la acción contenciosa, dada a la vía gubernativa.

Sobre este punto, son múltiples los pronunciamiento del Consejo de Estado que pueden traerse a colación, entre ellos:

"...no solo el uso de los recursos agota la vía gubernativa, pues la Ley ha consagrado algunos modos de impugnar que cumplen el mismo cometido.

*En todo caso, **para que se cumpla este requisito de procedibilidad, resulta necesario que el administrado exprese con claridad el objeto de su reclamación o los motivos de su inconformidad, según el caso, pues lo que se busca con dicha exigencia es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente ante la administración.** No quiere ello decir que sea imposible exponer ante la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión invocada en sede administrativa, siempre que no se cambie el objeto de la petición. **Así las cosas la persona que acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para interponer una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, podrá incluir nuevos argumentos y fundamentos de hecho y de derecho a los cuales no hizo mención al interponer los respectivos recursos en la vía gubernativa. Lo que no le es dable al demandante es incluir pretensiones distintas a las que adujo en sede administrativa o variar sustancialmente la reclamación**"³⁷,³⁸ (Subraya fuera del texto en cita).*

Igualmente, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-792 de 2006, siendo Magistrado Ponente el Dr. Rodrigo Escobar Gil, de fecha 20/09/2006, se ha pronunciado al respecto indicando que:

La necesidad de agotar la vía gubernativa como presupuesto para acudir a la jurisdicción constituye un privilegio de la Administración, derivado del principio de autotutela administrativa y por virtud del cual debe brindarse a los entes públicos la oportunidad de pronunciarse sobre sus propios actos antes de que las controversias que hayan surgido en torno a ellos sean planteadas ante los tribunales.

Es tan cierta esta ausencia de reclamación administrativa que permita a la administración pronunciarse acerca de la pretensión de reliquidación deprecada, que los actos administrativos cuya nulidad PARCIAL demanda el Señor Apoderado, corresponde a la Resolución mediante la cual se le reconoció la cesantía parcial, quien renunció a términos de ejecutoria, en consecuencia, en una nómina de más de seis mil docente, muchos de ellos incorporados a la planta de personal

³⁷ Así lo ha considerado el Consejo de Estado v.gr, en sentencia de la Sala plena de lo Contencioso Administrativo, de 6 de agosto C.P. Clara Forero de Castro. Expediente S-145. Actor: Financiera Colpatria.

³⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-000689-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 65 de 164	

ACTA DE REUNION

departamental por disposición de la Ley 715 de 2001, cómo puede pretenderse válidamente llevarse a juicio sin haberse dado la oportunidad de conocer en instancia previa de esta reclamación, máxime cuando no ha sido ella quien ha expedido los mismos.

Nada dice la Convocante que ya había recibido anticipos previos por la suma total de \$32.554.451.00, sin que nada se dijera respecto al cambio de régimen de liquidación de cesantías que ahora peticiona. En consecuencia, no conoció esta Administración de las pretensiones de la Convocante sino con el escrito de Conciliación que nos ocupa, vulnerándose así el “privilegio de decisión previa” dispuesto por la ley a su favor, lo que generará una INEPTA DEMANDA al momento en que la Jurisdicción Administrativa conozca del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

COMPENSACIÓN.

La Convocante solicita el pago retroactivo de sus cesantías, es decir, que como funcionaria con régimen anualizado de cesantías ha venido percibiendo del FOMAG el pago de intereses a las cesantías, valores estos que deberán ser **compensados a favor de la Entidad** en caso de que éstas sean vencidas en juicio, pues el poder adquisitivo de la prestación social estará dado por la liquidación de las mismas con base en el salario devengado en el último año de servicios.

La compensación como forma de novación de las obligaciones está definida en el artículo 1714 del Código Civil colombiano, y opera cuando dos personas son deudoras una de otra.

En virtud de una protección legítima del erario público, debe presentarse esta excepción buscando que se compensen las sumas pagadas y recibidas por la accionante por concepto de intereses a las cesantías, con las que llegare a pagarse por concepto de reliquidación con retroactividad de la prestación social deprecada.

RECOMENDACIÓN: En criterio de esta abogada el DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER y conforme a los argumentos jurídicos antes expuestos, no está llamado a conciliar respecto de las pretensiones de la Conciliación Prejudicial que nos ocupa, de conformidad con los criterios antes expuestos.

OIDO Y ANALIZADO TODO LO EXPUESTO POR LA DOCTORA SONIA YURLEY RUIZ RIVEROS, ABOGADA EXTERNA DE LA SECRETRIA DE EDUCACION, LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DECIDEN POR UNANIMIDAD DE NO LLEGAR A NINGUN ACUERDO CONCILIATORIO.

11.

Concepto

emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educación, convocante: EDGAR ROJAS RODRIGUEZ abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 66 de 164	

ACTA DE REUNION

Toma la palabra la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, el cual expone lo siguiente:

CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL	
Convocante (s)	EDGAR ROJAS GUTIERREZ, 2017-840-083766-2 DEL 13/03/2017
Apoderado: YOBANY LOPEZ QUINTERO	
Convocados	NACION – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MIN EDUCACION – DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER (Tercero interesado)

FECHA DE COMITÉ:

FECHA AUDIENCIA:

RESPONSABILIDAD DE LA FICHA Y APODERADO: Abogado. Sonia Yurley Ruiz R.

CUANTÍA:	\$38.258.331.00
-----------------	-----------------

HECHOS MATERIA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL

El Convocante ha prestado sus servicios de manera ininterrumpida al Departamento Norte de Santander desde su nombramiento producido el 07 de marzo de 1995 y hasta la fecha de solicitud de la prestación como docente.

El docente presentó ante la Secretaría de Educación solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales, expidiéndose para estos efectos la Resolución No. 4924 del 28 de Noviembre de 2016, Aduce el Señor Apoderado que a pesar de la fecha de vinculación de su mandante las entidades demandadas aplicaron a efectos de liquidar sus Cesantías Parciales el régimen contemplado en el literal b) numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y no el contemplado en la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996 que consagran su pago en forma retroactiva y demás normas concordantes y complementarias.

Indica el Apoderado del Convocante, que las entidades demandadas no entendieron que la Ley 91 de 1989 mantuvo intacto el régimen de liquidación de cesantías de los docentes territoriales, el cual fue respetado por la Ley 4 de 1992, Ley 60 de 1993 (artículo 6º inciso cuarto, donde se

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 67 de 164	

ACTA DE REUNION

dispone 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). Por su parte la Ley 115 de 1994 en los artículos 115 y 176 que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y dicha ley, sin que en ningún caso se puede desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.

Cita igualmente el Apoderado de la Convocante que el Decreto 196 de 1995, artículo 5º mantuvo el respeto a los derechos adquiridos, así:

*Docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios. Los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. **A estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tengan al momento de la incorporación y no se les podrá imponer renunciaciones o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto.***

Para el nivel territorial el cambio en el régimen de liquidación de cesantías está dado por la Ley 344 de 1996, que en su Artículo 13º dispuso: “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

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

La norma anterior es reglamentada a través del Decreto 1582 de 1998, que en su Artículo 1º ordena .- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

Concluye el Apoderado conforme al marco normativo anterior, que hasta el 31 de diciembre de 1996 el Legislador previó la existencia del régimen retroactivo de cesantías para los empleados públicos del orden territorial, como quiera que con posterioridad a dicha fecha – 1º de enero de 1997- surge un nuevo esquema de liquidación de prestaciones sociales para estos empleados públicos territoriales, imponiéndose la liquidación anualizada; pero aquellos docentes vinculados con anterioridad a dicha normativa conservarán el régimen retroactivo de liquidación, es decir, con

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 68 de 164	

ACTA DE REUNION

el último salario devengado se liquida sobre la totalidad del tiempo de servicio.

PRETENSIONES:

44. Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 4924 del 28 de Noviembre de 2016, expedida por MARIA FABIOLA CACERES PEÑA, SECRETARIA DE EDUCACION, por la cual se reconoció y ordenó el pago de una CESANTIA PARCIAL a su mandante, docente EDGAR ROJAS GUTIERREZ.
45. Se declare que el docente EDGAR ROJAS GUTIERREZ, tiene derecho a que la Nación (MEN) le reconozca y pague a través del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO las cesantías parciales de manera retroactiva, tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente 07 de marzo de 1995, mediante Decreto 000200 de 1995, y liquidada sobre el último salario devengado a la fecha de la presentación de la prestación, con la totalidad de los factores salariales de conformidad con la ley 6ª 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 de forma retroactiva.
46. Se declare que el docente EDGAR ROJAS GUTIERREZ, tiene derecho a que la Nación (MEN - FOMAG) liquide, reconozca y pague sus cesantías retroactivas, conforme a la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1945, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996, que consagran su pago en forma retroactiva.
47. Condenar a la Nación (MEN - FOMAG) a pagar el valor de \$38.258.331.00, que resulta entre la diferencia de la cantidad efectivamente reconocida conforme a la Resolución No. 4924 del 28 de Noviembre de 2016, equivalente a \$32.458.399.00, con el resultante de la reliquidación por concepto de la CESANTIA PARCIAL retroactiva debidamente liquidada, desde el 07 de marzo de 1995, momento de su vinculación a la docencia oficial, es decir la suma de \$70.716.730.00.
48. Condenar a la Nación (MEN - FOMAG) a pagar el mayor valor que resulte de la cesantía retroactiva debidamente liquidada, contado desde el momento en que la entidad efectuó el reconocimiento y pago de la diferencia que mi representado se encuentra cobrando.
49. Condenar a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, según lo estipulado en el último párrafo del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.
50. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, sobre las sumas adeudadas a mi mandante, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 192 y numeral 4º del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.

ANÁLISIS Y CONCEPTO

CUESTION PREVIA:

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 69 de 164	

ACTA DE REUNION

16. Inexistencia del Derecho

Conforme a lo manifestado por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en sentencia del 29 de septiembre de 2016, siendo Magistrado Ponente el Dr. Carlos Mario Peña Díaz, proferida dentro del radicado 54-001-23-33-000-2015-00110-00, actor: Armando Granados Duarte, demandados: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento Norte de Santander – Municipio de Cúcuta:

En este punto, a criterio de la Sala, la Ley 91 de 1989 constituye el régimen legal especial en lo que respecta al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales de los docentes con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin distinción alguna. En efecto, en materia de cesantías la aludida ley establece que los docentes nacionalizados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 recibirían un auxilio de cesantía consistente en un mes de salario por cada año de servicio sobre el último salario devengado, es decir, que tales docentes conservan el régimen retroactivo, mientras que a los docentes del orden nacional y a los vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, se les liquida el auxilio de cesantía anualmente sin retroactividad, a la vez que se les cancela un interés anual sobre el saldo de las cesantías existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

La Corte Constitucional sobre el régimen especial de liquidación de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en sentencia C-928 del 8 de noviembre de 2006, con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto, expuso 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^[1], 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.

(...)

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.

Lo anterior permite concluir, que tanto a los docentes nacionales y nacionalizados, docentes

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 70 de 164	

ACTA DE REUNION

Departamentales, Distritales y Municipales financiados o cofinanciados por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales, se les aplica la Ley 91 de 1989 la cual estableció el régimen de cesantías a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 con el sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Tal planteamiento fue adoptado por el Consejo de Estado en sentencia del 9 de julio de 2009, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, dentro del proceso radicado con el número 76001-23-31-000-2004-01655-01 (0672-07), donde se indicó:

Al quedar establecido que la actora inició sus labores como docente al Municipio de Obando en el año de 1995, esto es, con posterioridad a la fecha señalada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (1º de enero de 1990), el pago de sus cesantías no debía efectuarse con carácter retroactivo sino que, conforme señala la norma en mención, “se reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad”.

De esta forma concluye el Tribunal, que el régimen de cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, será el anualizado, no existiendo en consecuencia lugar a la viabilidad de las pretensiones aquí consignadas.

17. Inepta demanda por no haberse obtenido previamente decisión de la Administración – “privilegio previo de la administración”

De la simple lectura de la solicitud y del análisis de los documentos adjuntos a la misma se tiene que ni el Convocante ni su Apoderado han presentado similar reclamación a la que ahora nos ocupa ante esta Administración a fin de obtener un pronunciamiento previo sobre las reliquidaciones que pretende sean ordenadas judicialmente, asumiendo que con la Conciliación Prejudicial se agotan los requisitos de procedibilidad previstos en la ley procesal para accionar ante la Jurisdicción Administrativa, pues conforme se cita en el escrito de conciliación, al únicamente proceder el recurso de reposición contra el acto administrativo de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, éste no es obligatorio.

No obstante lo anterior, observa esta abogada, que conforme a lo normado en el artículo 161 núm. 2 del C.P.A.C.A. “cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios”. Si bien es cierto esta disposición se refiere a la interposición de los recursos ordinarios previstos en la ley procesal, efectivamente no aplicable en el presente caso pues respecto de los actos atacados solo procede el recursos de reposición no obligatorio; no es menos cierto, que a partir de la misma y con base en el denominado “*privilegio de la decisión previa*”, es necesario que el accionante haya obtenido el pronunciamiento previo de la administración, respecto de los derechos que pretende reclamar ante la jurisdicción, como quiera que “*la administración pública, a diferencia de los*

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 71 de 164	

ACTA DE REUNION

*particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez”.*³⁹

Lo anterior, es catalogado doctrinaria y jurisprudencialmente como un privilegio a favor de la administración, por cuanto le permite pensar o reconsiderar la decisión que se pide o impugna; y como una garantía para el administrado, en tanto que mediante su gestión podrá convencer a la administración y evitarse así un pleito, aplicando “*principios de economía, celeridad y eficacia, los cuales orientan las actuaciones administrativas tal como lo ordenan los artículos 209 de la Constitución Política*”⁴⁰

Al respecto el doctor José Luís Benavides en el artículo “**La justificación de los recursos administrativos**” publicado en la Revista Derecho del Estado, indica al respecto de este tema: “En primer lugar, el privilegio de la revisión previa también se manifiesta en la congruencia que debe existir entre los argumentos expuestos para la impugnación del acto, en vía gubernativa, y los posteriores alegados en la sede judicial. El Consejo de Estado concibe que el debido proceso, a favor de la administración, impone al recurrente preservar en el proceso contencioso la misma línea de crítica que expuso en la revisión del acto en sede gubernativa (C.E., secc. I, sent. 11/10/06, rad. 3697; secc. II-B, sent. 21/05/09, rad. 4073-05). El privilegio de la revisión previa encuentra aquí una manifestación evidente, que pone de presente a cabalidad la condición de requisito de procedibilidad de la acción contenciosa, dada a la vía gubernativa.

Sobre este punto, son múltiples los pronunciamiento del Consejo de Estado que pueden traerse a colación, entre ellos:

“...no solo el uso de los recursos agota la vía gubernativa, pues la Ley ha consagrado algunos modos de impugnar que cumplen el mismo cometido.

En todo caso, para que se cumpla este requisito de procedibilidad, resulta necesario que el administrado exprese con claridad el objeto de su reclamación o los motivos de su inconformidad, según el caso, pues lo que se busca con dicha exigencia es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente ante la administración. No quiere ello decir que sea imposible exponer ante la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión invocada en sede administrativa, siempre que no se cambie el objeto de la petición. Así las cosas la persona que acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para interponer una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, podrá incluir nuevos argumentos y fundamentos de hecho y de derecho a los cuales no hizo mención al interponer los respectivos recursos en la vía gubernativa. Lo que no le

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección B, sentencia del nueve (09) de junio de 2009. M.P.: Jesús María Lemos Bustamante, exp.: 2270-04.

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-000-2009-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 72 de 164	

ACTA DE REUNION

es dable al demandante es incluir pretensiones distintas a las que adujo en sede administrativa o variar sustancialmente la reclamación⁴¹,⁴² (Subraya fuera del texto en cita).

Igualmente, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-792 de 2006, siendo Magistrado Ponente el Dr. Rodrigo Escobar Gil, de fecha 20/09/2006, se ha pronunciado al respecto indicando que:

La necesidad de agotar la vía gubernativa como presupuesto para acudir a la jurisdicción constituye un privilegio de la Administración, derivado del principio de autotutela administrativa y por virtud del cual debe brindarse a los entes públicos la oportunidad de pronunciarse sobre sus propios actos antes de que las controversias que hayan surgido en torno a ellos sean planteadas ante los tribunales.

Es tan cierta esta ausencia de reclamación administrativa que permita a la administración pronunciarse acerca de la pretensión de reliquidación deprecada, que los actos administrativos cuya nulidad PARCIAL demanda el Señor Apoderado, corresponde a la Resolución mediante la cual se le reconoció la cesantía parcial, quien renunció a términos de ejecutoria, en consecuencia, en una nómina de más de seis mil docente, muchos de ellos incorporados a la planta de personal departamental por disposición de la Ley 715 de 2001, cómo puede pretenderse válidamente llevarse a juicio sin habersele dado la oportunidad de conocer en instancia previa de esta reclamación, máxime cuando no ha sido ella quien ha expedido los mismos.

Nada dice el Convocante que ya había recibido un anticipo previo por la suma de \$32.458.399.00, sin que nada se dijera respecto al cambio de régimen de liquidación de cesantías que ahora peticiona. En consecuencia, no conoció esta Administración de las pretensiones de la Convocante sino con el escrito de Conciliación que nos ocupa, vulnerándose así el “privilegio de decisión previa” dispuesto por la ley a su favor, lo que generará una INEPTA DEMANDA al momento en que la Jurisdicción Administrativa conozca del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

COMPENSACIÓN.

El Convocante solicita el pago retroactivo de sus cesantías, es decir, que como funcionario con régimen anualizado de cesantías ha venido percibiendo del FOMAG el pago de intereses a las cesantías, valores estos que deberán ser **compensados a favor de la Entidad** en caso de que éstas sean vencidas en juicio, pues el poder adquisitivo de la prestación social estará dado por la liquidación de las mismas con base en el salario devengado en el último año de servicios.

La compensación como forma de novación de las obligaciones está definida en el artículo 1714 del Código Civil colombiano y opera cuando dos personas son deudoras una de otra.

⁴¹ Así lo ha considerado el Consejo de Estado v.gr, en sentencia de la Sala plena de lo Contencioso Administrativo, de 6 de agosto de 2006, C.P. Clara Forero de Castro. Expediente S-145. Actor: Financiera Colpatria.

⁴² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-0000689-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 73 de 164	

ACTA DE REUNION

En virtud de una protección legítima del erario público, debe presentarse esta excepción buscando que se compensen las sumas pagadas y recibidas por el accionante por concepto de intereses a las cesantías, con las que llegare a pagarse por concepto de reliquidación con retroactividad de la prestación social deprecada.

RECOMENDACIÓN: En criterio de esta abogada el DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER y conforme a los argumentos jurídicos antes expuestos, no está llamado a conciliar respecto de las pretensiones de la Conciliación Prejudicial que nos ocupa, de conformidad con los criterios antes expuestos.

OIDO Y ANALIZADO TODO LO EXPUESTO POR LA DOCTORA SONIA YURLEY RUIZ RIVEROS, ABOGADA EXTERNA DE LA SECRETARIA DE EDUCACION, LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DECIDEN POR UNANIMIDAD DE NO LLEGAR A NINGUN ACUERDO CONCILIATORIO.

12. **Concepto**
emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educación, convocante: ILCE PINO DE GARCIA abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO

Toma la palabra la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educación, el cual expone lo siguiente:

CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL	
Convocante (s)	ILCE PINO DE GARCIA, 2017-840-083763-2 DEL 13/03/2017
Apoderado: YOBANY LOPEZ QUINTERO	
Convocados	NACION – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MIN EDUCACION – DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER (Tercero interesado)

FECHA DE COMITÉ:

FECHA AUDIENCIA:

RESPONSABILIDAD DE LA FICHA Y APODERADO: Abogado. Sonia Yurley Ruiz R.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 74 de 164	

ACTA DE REUNION

CUANTÍA:	\$31.234.923.00
-----------------	-----------------

HECHOS MATERIA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL
--

La Convocante ha prestado sus servicios de manera ininterrumpida al Departamento Norte de Santander desde su nombramiento producido el 07 de marzo de 1995 y hasta la fecha de solicitud de la prestación como docente.

La docente presentó ante la Secretaría de Educación solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales, expidiéndose para estos efectos la Resolución No. 0696 del 28 de Octubre de 2016. Aduce el Señor Apoderado que a pesar de la fecha de vinculación de su mandante las entidades demandadas aplicaron a efectos de liquidar sus Cesantías Parciales el régimen contemplado en el literal b) numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y no el contemplado en la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996 que consagran su pago en forma retroactiva y demás normas concordantes y complementarias.

Indica el Apoderado de la Convocante, que las entidades demandadas no entendieron que la Ley 91 de 1989 mantuvo intacto el régimen de liquidación de cesantías de los docentes territoriales, el cual fue respetado por la Ley 4 de 1992, Ley 60 de 1993 (artículo 6º inciso cuarto, donde se dispone 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). Por su parte la Ley 115 de 1994 en los artículos 115 y 176 que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y dicha ley, sin que en ningún caso se puede desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.

Cita igualmente el Apoderado de la Convocante que el Decreto 196 de 1995, artículo 5º mantuvo el respeto a los derechos adquiridos, así:

*Docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios. Los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. **A estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tengan al momento de la incorporación y no se les podrá imponer renunciaciones o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto.***

Para el nivel territorial el cambio en el régimen de liquidación de cesantías está dado por la Ley 344 de 1996, que en su Artículo 13º dispuso: “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 75 de 164	

ACTA DE REUNION

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;

La norma anterior es reglamentada a través del Decreto 1582 de 1998, que en su Artículo 1º ordena .- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

Concluye el Apoderado conforme al marco normativo anterior, que hasta el 31 de diciembre de 1996 el Legislador previó la existencia del régimen retroactivo de cesantías para los empleados públicos del orden territorial, como quiera que con posterioridad a dicha fecha – 1º de enero de 1997- surge un nuevo esquema de liquidación de prestaciones sociales para estos empleados públicos territoriales , imponiéndose la liquidación anualizada; pero aquellos docentes vinculados con anterioridad a dicha normativa conservarán el régimen retroactivo de liquidación, es decir, con el último salario devengado se liquida sobre la totalidad del tiempo de servicio.

PRETENSIONES:

51. Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0696 del 28 de Octubre de 2016, expedida por INDIRA YAZMIN PEREZ PEREZ SECRETARIA DE DESPACHO AREA EDUCATIVA, por la cual se reconoció y ordenó el pago de una CESANTIA PARCIAL a su mandante, docente ILCE PINO DE GARCIA.
52. Se declare que la docente ILCE PINO DE GARCIA, tiene derecho a que la Nación (MEN) le reconozca y pague a través del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO las cesantías parciales de manera retroactiva, tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente 07 de marzo de 1995, mediante Decreto 000199 de 1995, y liquidada sobre el último salario devengado a la fecha de la presentación de la prestación, con la totalidad de los factores salariales de conformidad con la ley 6ª 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 de forma retroactiva.
53. Se declare que la docente ILCE PINO DE GARCIA, tiene derecho a que la Nación (MEN - FOMAG) liquide, reconozca y pague sus cesantías retroactivas, conforme a la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1945, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996, que consagran su pago en forma retroactiva.
54. Condenar a la Nación (MEN - FOMAG) a pagar el valor que resulte de la cesantía retroactiva debidamente liquidada, por la suma de \$31.234.923.00, que resulta entre la

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 76 de 164	

ACTA DE REUNION

diferencia de la cantidad efectivamente reconocida conforme a la Resolución No. 0696 del 28 de Octubre de 2016, equivalente a \$37.628.561.00, con el resultante de la reliquidación por concepto de la CESANTIA PARCIAL retroactiva debidamente liquidada, desde el 07 de marzo de 1995, momento de su vinculación a la docencia oficial, es decir la suma de \$70.754.547.00.

55. Condenar a la Nación (MEN - FOMAG) a pagar el mayor valor que resulte de la cesantía retroactiva debidamente liquidada, contado desde el momento en que la entidad efectuó el reconocimiento y pago de la diferencia que mi representado se encuentra cobrando.
56. Condenar a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, según lo estipulado en el último párrafo del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.
57. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, sobre las sumas adeudadas a mi mandante, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 192 y numeral 4º del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.

ANÁLISIS Y CONCEPTO

CUESTION PREVIA:

18. Inexistencia del Derecho

Conforme a lo manifestado por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en sentencia del 29 de septiembre de 2016, siendo Magistrado Ponente el Dr. Carlos Mario Peña Díaz, proferida dentro del radicado 54-001-23-33-000-2015-00110-00, actor: Armando Granados Duarte, demandados: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento Norte de Santander – Municipio de Cúcuta:

En este punto, a criterio de la Sala, la Ley 91 de 1989 constituye el régimen legal especial en lo que respecta al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales de los docentes con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin distinción alguna. En efecto, en materia de cesantías la aludida ley establece que los docentes nacionalizados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 recibirían un auxilio de cesantía consistente en un mes de salario por cada año de servicio sobre el último salario devengado, es decir, que tales docentes conservan el régimen retroactivo, mientras que a los docentes del orden nacional y a los vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, se les liquida el auxilio de cesantía anualmente sin retroactividad, a la vez que se les cancela un interés anual sobre el saldo de las cesantías existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

La Corte Constitucional sobre el régimen especial de liquidación de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en sentencia C-928 del 8 de noviembre de 2006, con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto, expuso lo siguiente:

En Colombia los docentes gozan de un régimen prestacional especial, previsto en la Ley 91 de

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 77 de 164	

ACTA DE REUNION

1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003^[1], 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.

(...)

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.

Lo anterior permite concluir, que tanto a los docentes nacionales y nacionalizados, docentes Departamentales, Distritales y Municipales financiados o cofinanciados por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales, se les aplica la Ley 91 de 1989 la cual estableció el régimen de cesantías a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 con el sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Tal planteamiento fue adoptado por el Consejo de Estado en sentencia del 9 de julio de 2009, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, dentro del proceso radicado con el número 76001-23-31-000-2004-01655-01 (0672-07), donde se indicó:

Al quedar establecido que la actora inició sus labores como docente al Municipio de Obando en el año de 1995, esto es, con posterioridad a la fecha señalada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (1º de enero de 1990), el pago de sus cesantías no debía efectuarse con carácter retroactivo sino que, conforme señala la norma en mención, “se reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad”.

De esta forma concluye el Tribunal, que el régimen de cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, será el anualizado, no existiendo en consecuencia lugar a la viabilidad de las pretensiones aquí consignadas.

19. Inepta demanda por no haberse obtenido previamente decisión de la Administración

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 78 de 164	

ACTA DE REUNION

- “privilegio previo de la administración”

De la simple lectura de la solicitud y del análisis de los documentos adjuntos a la misma se tiene que ni la Convocante ni su Apoderado han presentado similar reclamación a la que ahora nos ocupa ante esta Administración a fin de obtener un pronunciamiento previo sobre las reliquidaciones que pretende sean ordenadas judicialmente, asumiendo que con la Conciliación Prejudicial se agotan los requisitos de procedibilidad previstos en la ley procesal para accionar ante la Jurisdicción Administrativa, pues conforme se cita en el escrito de conciliación, al únicamente proceder el recurso de reposición contra el acto administrativo de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, éste no es obligatorio.

No obstante lo anterior, observa esta abogada, que conforme a lo normado en el artículo 161 núm. 2 del C.P.A.C.A. *“cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios”*. Si bien es cierto esta disposición se refiere a la interposición de los recursos ordinarios previstos en la ley procesal, efectivamente no aplicable en el presente caso pues respecto de los actos atacados solo procede el recursos de reposición no obligatorio; no es menos cierto, que a partir de la misma y con base en el denominado *“privilegio de la decisión previa”*, es necesario que el accionante haya obtenido el pronunciamiento previo de la administración, respecto de los derechos que pretende reclamar ante la jurisdicción, como quiera que *“la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez”*.⁴³

Lo anterior, es catalogado doctrinaria y jurisprudencialmente como un privilegio a favor de la administración, por cuanto le permite pensar o reconsiderar la decisión que se pide o impugna; y como una garantía para el administrado, en tanto que mediante su gestión podrá convencer a la administración y evitarse así un pleito, aplicando *“principios de economía, celeridad y eficacia, los cuales orientan las actuaciones administrativas tal como lo ordenan los artículos 209 de la Constitución Política”*⁴⁴

Al respecto el doctor José Luís Benavides en el artículo **“La justificación de los recursos administrativos”** publicado en la Revista Derecho del Estado, indica al respecto de este tema: “En primer lugar, el privilegio de la revisión previa también se manifiesta en la congruencia que debe existir entre los argumentos expuestos para la impugnación del acto, en vía gubernativa, y los posteriores alegados en la sede judicial. El Consejo de Estado concibe que el debido proceso, a favor de la administración, impone al recurrente preservar en el proceso contencioso la misma

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección B, sentencia del nueve (09) de junio de 2011. M.P.: Jesús María Lemos Bustamante, exp.: 2270-04.

⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-000-2009-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 79 de 164	

ACTA DE REUNION

línea de crítica que expuso en la revisión del acto en sede gubernativa (C.E., secc. I, sent. 11/10/06, rad. 3697; secc. II-B, sent. 21/05/09, rad. 4073-05). El privilegio de la revisión previa encuentra aquí una manifestación evidente, que pone de presente a cabalidad la condición de requisito de procedibilidad de la acción contenciosa, dada a la vía gubernativa.

Sobre este punto, son múltiples los pronunciamientos del Consejo de Estado que pueden traerse a colación, entre ellos:

“...no solo el uso de los recursos agota la vía gubernativa, pues la Ley ha consagrado algunos modos de impugnar que cumplen el mismo cometido.

***En todo caso, para que se cumpla este requisito de procedibilidad, resulta necesario que el administrado exprese con claridad el objeto de su reclamación o los motivos de su inconformidad, según el caso, pues lo que se busca con dicha exigencia es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente ante la administración.** No quiere ello decir que sea imposible exponer ante la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión invocada en sede administrativa, siempre que no se cambie el objeto de la petición. Así las cosas la persona que acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para interponer una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, podrá incluir nuevos argumentos y fundamentos de hecho y de derecho a los cuales no hizo mención al interponer los respectivos recursos en la vía gubernativa. Lo que no le es dable al demandante es incluir pretensiones distintas a las que adujo en sede administrativa o variar sustancialmente la reclamación⁴⁵.”⁴⁶* (Subraya fuera del texto en cita).

Igualmente, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-792 de 2006, siendo Magistrado Ponente el Dr. Rodrigo Escobar Gil, de fecha 20/09/2006, se ha pronunciado al respecto indicando que:

La necesidad de agotar la vía gubernativa como presupuesto para acudir a la jurisdicción constituye un privilegio de la Administración, derivado del principio de autotutela administrativa y por virtud del cual debe brindarse a los entes públicos la oportunidad de pronunciarse sobre sus propios actos antes de que las controversias que hayan surgido en torno a ellos sean planteadas ante los tribunales.

Es tan cierta esta ausencia de reclamación administrativa que permita a la administración pronunciarse acerca de la pretensión de reliquidación deprecada, que los actos administrativos cuya nulidad PARCIAL demanda el Señor Apoderado, corresponde a la Resolución mediante la cual se le reconoció la cesantía parcial, quien renunció a términos de ejecutoria, en consecuencia, en una nómina de más de seis mil docente, muchos de ellos incorporados a la planta de personal departamental por disposición de la Ley 715 de 2001, cómo puede pretenderse válidamente llevarse a juicio sin habersele dado la oportunidad de conocer en instancia previa de esta

⁴⁵ Así lo ha considerado el Consejo de Estado v.gr, en sentencia de la Sala plena de lo Contencioso Administrativo, de 6 de agosto de 2006, C.P. Clara Forero de Castro. Expediente S-145. Actor: Financiera Colpatria.

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-0000689-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 80 de 164	

ACTA DE REUNION

reclamación, máxime cuando no ha sido ella quien ha expedido los mismos.

Nada dice la Convocante que ya había recibido un anticipo previo por la suma de \$ 37.628.561.00, sin que nada se dijera respecto al cambio de régimen de liquidación de cesantías que ahora peticiona. En consecuencia, no conoció esta Administración de las pretensiones de la Convocante sino con el escrito de Conciliación que nos ocupa, vulnerándose así el “privilegio de decisión previa” dispuesto por la ley a su favor, lo que generará una INEPTA DEMANDA al momento en que la Jurisdicción Administrativa conozca del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

COMPENSACIÓN.

La Convocante solicita el pago retroactivo de sus cesantías, es decir, que como funcionaria con régimen anualizado de cesantías ha venido percibiendo del FOMAG el pago de intereses a las cesantías, valores estos que deberán ser **compensados a favor de la Entidad** en caso de que éstas sean vencidas en juicio, pues el poder adquisitivo de la prestación social estará dado por la liquidación de las mismas con base en el salario devengado en el último año de servicios.

La compensación como forma de novación de las obligaciones está definida en el artículo 1714 del Código Civil colombiano, y opera cuando dos personas son deudoras una de otra.

En virtud de una protección legítima del erario público, debe presentarse esta excepción buscando que se compensen las sumas pagadas y recibidas por la accionante por concepto de intereses a las cesantías, con las que llegare a pagarse por concepto de reliquidación con retroactividad de la prestación social deprecada.

RECOMENDACIÓN: En criterio de esta abogada el DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER y conforme a los argumentos jurídicos antes expuestos, no está llamado a conciliar respecto de las pretensiones de la Conciliación Prejudicial que nos ocupa, de conformidad con los criterios antes expuestos.

OIDO Y ANALIZADO TODO LO EXPUESTO POR LA DOCTORA SONIA YURLEY RUIZ RIVEROS, ABOGADA EXTERNA DE LA SECRETRIA DE EDUCACION, LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DECIDEN POR UNANIMIDAD DE NO LLEGAR A NINGUN ACUERDO CONCILIATORIO.

13.

Concepto

emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: LUIS EDUARDO GARCIA VALENCIA abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 81 de 164	

ACTA DE REUNION

Toma la palabra la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, el cual expone lo siguiente:

CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL	
Convocante (s)	LUIS EDUARDO GARCIA VALENCIA, 2017-840-083758-2 DEL 13/03/2017
Apoderado: YOBANY LOPEZ QUINTERO	
Convocados	NACION – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MIN EDUCACION – DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER (Tercero interesado)

FECHA DE COMITÉ:

FECHA AUDIENCIA:

RESPONSABILIDAD DE LA FICHA Y APODERADO: Abogado. Sonia Yurley Ruiz R.

CUANTÍA:	\$43.116.260.00
-----------------	-----------------

HECHOS MATERIA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL

El Convocante ha prestado sus servicios de manera ininterrumpida al Departamento Norte de Santander desde su nombramiento producido el 07 de marzo de 1995 y hasta la fecha de solicitud de la prestación como docente.

El docente presentó ante la Secretaría de Educación solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales, expidiéndose para estos efectos la Resolución No. 4959 del 28 de Noviembre de 2016, Aduce el Señor Apoderado que a pesar de la fecha de vinculación de su mandante las entidades demandadas aplicaron a efectos de liquidar sus Cesantías Parciales el régimen contemplado en el literal b) numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y no el contemplado en la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996 que consagran su pago en forma retroactiva y demás normas concordantes y complementarias.

Indica el Apoderado del Convocante, que las entidades demandadas no entendieron que la Ley 91

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 82 de 164	

ACTA DE REUNION

de 1989 mantuvo intacto el régimen de liquidación de cesantías de los docentes territoriales, el cual fue respetado por la Ley 4 de 1992, Ley 60 de 1993 (artículo 6º inciso cuarto, donde se dispone 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). Por su parte la Ley 115 de 1994 en los artículos 115 y 176 que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y dicha ley, sin que en ningún caso se puede desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.

Cita igualmente el Apoderado de la Convocante que el Decreto 196 de 1995, artículo 5º mantuvo el respeto a los derechos adquiridos, así:

*Docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios. Los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. **A estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tengan al momento de la incorporación y no se les podrá imponer renunciaciones o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto.***

Para el nivel territorial el cambio en el régimen de liquidación de cesantías está dado por la Ley 344 de 1996, que en su Artículo 13º dispuso: “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

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

La norma anterior es reglamentada a través del Decreto 1582 de 1998, que en su Artículo 1º ordena .- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

Concluye el Apoderado conforme al marco normativo anterior, que hasta el 31 de diciembre de 1996 el Legislador previó la existencia del régimen retroactivo de cesantías para los empleados públicos del orden territorial, como quiera que con posterioridad a dicha fecha – 1º de enero de 1997- surge un nuevo esquema de liquidación de prestaciones sociales para estos empleados

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 83 de 164	

ACTA DE REUNION

públicos territoriales, imponiéndose la liquidación anualizada; pero aquellos docentes vinculados con anterioridad a dicha normativa conservarán el régimen retroactivo de liquidación, es decir, con el último salario devengado se liquida sobre la totalidad del tiempo de servicio.

PRETENSIONES:

58. Se declare la nulidad parcial de la Resolución No.4959 del 28 de Noviembre de 2016, expedida por MARIA FABIOLA CACERES PEÑA, SECRETARIA DE EDUCACION, por la cual se reconoció y ordenó el pago de una CESANTIA PARCIAL a su mandante, docente LUIS EDUARDO GARCIA VALENCIA.
59. Se declare que el docente LUIS EDUARDO GARCIA VALENCIA, tiene derecho a que la Nación (MEN) le reconozca y pague a través del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO las cesantías parciales de manera retroactiva, tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente 07 de marzo de 1995, mediante Decreto 000201 de 1995, y liquidada sobre el último salario devengado a la fecha de la presentación de la prestación, con la totalidad de los factores salariales de conformidad con la ley 6ª 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 de forma retroactiva.
60. Se declare que el docente LUIS EDUARDO GARCIA VALENCIA, tiene derecho a que la Nación (MEN - FOMAG) liquide, reconozca y pague sus cesantías retroactivas, conforme a la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1945, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996, que consagran su pago en forma retroactiva.
61. Condenar a la Nación (MEN - FOMAG) a pagar el valor de \$43.116.260.00, que resulta entre la diferencia de la cantidad efectivamente reconocida conforme a la Resolución No. 4959 del 28 de Noviembre de 2016, equivalente a \$27.543.746.00, con el resultante de la reliquidación por concepto de la CESANTIA PARCIAL retroactiva debidamente liquidada, desde el 07 de marzo de 1995, momento de su vinculación a la docencia oficial, es decir la suma de \$70.660.006.00.
62. Condenar a la Nación (MEN - FOMAG) a pagar el mayor valor que resulte de la cesantía retroactiva debidamente liquidada, contado desde el momento en que la entidad efectuó el reconocimiento y pago de la diferencia que mi representado se encuentra cobrando.
63. Condenar a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, según lo estipulado en el último párrafo del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.
64. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, sobre las sumas adeudadas a mi mandante, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 192 y numeral 4º del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.

ANÁLISIS Y CONCEPTO

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 84 de 164	

ACTA DE REUNION

CUESTION PREVIA:

20. Inexistencia del Derecho

Conforme a lo manifestado por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en sentencia del 29 de septiembre de 2016, siendo Magistrado Ponente el Dr. Carlos Mario Peña Díaz, proferida dentro del radicado 54-001-23-33-000-2015-00110-00, actor: Armando Granados Duarte, demandados: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento Norte de Santander – Municipio de Cúcuta:

En este punto, a criterio de la Sala, la Ley 91 de 1989 constituye el régimen legal especial en lo que respecta al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales de los docentes con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin distinción alguna. En efecto, en materia de cesantías la aludida ley establece que los docentes nacionalizados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 recibirían un auxilio de cesantía consistente en un mes de salario por cada año de servicio sobre el último salario devengado, es decir, que tales docentes conservan el régimen retroactivo, mientras que a los docentes del orden nacional y a los vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, se les liquida el auxilio de cesantía anualmente sin retroactividad, a la vez que se les cancela un interés anual sobre el saldo de las cesantías existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

La Corte Constitucional sobre el régimen especial de liquidación de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en sentencia C-928 del 8 de noviembre de 2006, con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto, expuso 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^[1], 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.

(...)

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.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 85 de 164	

ACTA DE REUNION

Lo anterior permite concluir, que tanto a los docentes nacionales y nacionalizados, docentes Departamentales, Distritales y Municipales financiados o cofinanciados por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales, se les aplica la Ley 91 de 1989 la cual estableció el régimen de cesantías a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 con el sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Tal planteamiento fue adoptado por el Consejo de Estado en sentencia del 9 de julio de 2009, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, dentro del proceso radicado con el número 76001-23-31-000-2004-01655-01 (0672-07), donde se indicó:

Al quedar establecido que la actora inició sus labores como docente al Municipio de Obando en el año de 1995, esto es, con posterioridad a la fecha señalada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (1º de enero de 1990), el pago de sus cesantías no debía efectuarse con carácter retroactivo sino que, conforme señala la norma en mención, “se reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad”.

De esta forma concluye el Tribunal, que el régimen de cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, será el anualizado, no existiendo en consecuencia lugar a la viabilidad de las pretensiones aquí consignadas.

21. Inepta demanda por no haberse obtenido previamente decisión de la Administración – “privilegio previo de la administración”

De la simple lectura de la solicitud y del análisis de los documentos adjuntos a la misma se tiene que ni el Convocante ni su Apoderado han presentado similar reclamación a la que ahora nos ocupa ante esta Administración a fin de obtener un pronunciamiento previo sobre las reliquidaciones que pretende sean ordenadas judicialmente, asumiendo que con la Conciliación Prejudicial se agotan los requisitos de procedibilidad previstos en la ley procesal para accionar ante la Jurisdicción Administrativa, pues conforme se cita en el escrito de conciliación, al únicamente proceder el recurso de reposición contra el acto administrativo de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, éste no es obligatorio.

No obstante lo anterior, observa esta abogada, que conforme a lo normado en el artículo 161 núm. 2 del C.P.A.C.A. “cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios”. Si bien es cierto esta disposición se refiere a la interposición de los recursos ordinarios previstos en la ley procesal, efectivamente no aplicable en el presente caso pues respecto de los actos atacados solo procede el recursos de reposición no obligatorio; no es menos cierto, que a partir de la misma y con base en el denominado “*privilegio de la decisión previa*”, es necesario que el accionante haya

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 86 de 164	

ACTA DE REUNION

obtenido el pronunciamiento previo de la administración, respecto de los derechos que pretende reclamar ante la jurisdicción, como quiera que *“la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez”*.⁴⁷

Lo anterior, es catalogado doctrinaria y jurisprudencialmente como un privilegio a favor de la administración, por cuanto le permite pensar o reconsiderar la decisión que se pide o impugna; y como una garantía para el administrado, en tanto que mediante su gestión podrá convencer a la administración y evitarse así un pleito, aplicando *“principios de economía, celeridad y eficacia, los cuales orientan las actuaciones administrativas tal como lo ordenan los artículos 209 de la Constitución Política”*⁴⁸

Al respecto el doctor José Luís Benavides en el artículo **“La justificación de los recursos administrativos”** publicado en la Revista Derecho del Estado, indica al respecto de este tema: “En primer lugar, el privilegio de la revisión previa también se manifiesta en la congruencia que debe existir entre los argumentos expuestos para la impugnación del acto, en vía gubernativa, y los posteriores alegados en la sede judicial. El Consejo de Estado concibe que el debido proceso, a favor de la administración, impone al recurrente preservar en el proceso contencioso la misma línea de crítica que expuso en la revisión del acto en sede gubernativa (C.E., secc. I, sent. 11/10/06, rad. 3697; secc. II-B, sent. 21/05/09, rad. 4073-05). El privilegio de la revisión previa encuentra aquí una manifestación evidente, que pone de presente a cabalidad la condición de requisito de procedibilidad de la acción contenciosa, dada a la vía gubernativa.

Sobre este punto, son múltiples los pronunciamientos del Consejo de Estado que pueden traerse a colación, entre ellos:

“...no solo el uso de los recursos agota la vía gubernativa, pues la Ley ha consagrado algunos modos de impugnar que cumplen el mismo cometido.

En todo caso, para que se cumpla este requisito de procedibilidad, resulta necesario que el administrado exprese con claridad el objeto de su reclamación o los motivos de su inconformidad, según el caso, pues lo que se busca con dicha exigencia es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente ante la administración. *No quiere ello decir que sea imposible exponer ante la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión invocada en sede administrativa, siempre que no se cambie el objeto de la petición. Así las cosas la persona que acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para interponer una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, podrá incluir nuevos argumentos y fundamentos de hecho y de derecho a los cuales no hizo*

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección B, sentencia del nueve (09) de junio de 2009, M.P.: Jesús María Lemos Bustamante, exp.: 2270-04.

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-000-2009-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 87 de 164	

ACTA DE REUNION

mención al interponer los respectivos recursos en la vía gubernativa. Lo que no le es dable al demandante es incluir pretensiones distintas a las que adujo en sede administrativa o variar sustancialmente la reclamación⁴⁹,⁵⁰ (Subraya fuera del texto en cita).

Igualmente, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-792 de 2006, siendo Magistrado Ponente el Dr. Rodrigo Escobar Gil, de fecha 20/09/2006, se ha pronunciado al respecto indicando que:

La necesidad de agotar la vía gubernativa como presupuesto para acudir a la jurisdicción constituye un privilegio de la Administración, derivado del principio de autotutela administrativa y por virtud del cual debe brindarse a los entes públicos la oportunidad de pronunciarse sobre sus propios actos antes de que las controversias que hayan surgido en torno a ellos sean planteadas ante los tribunales.

Es tan cierta esta ausencia de reclamación administrativa que permita a la administración pronunciarse acerca de la pretensión de reliquidación deprecada, que los actos administrativos cuya nulidad PARCIAL demanda el Señor Apoderado, corresponde a la Resolución mediante la cual se le reconoció la cesantía parcial, quien renunció a términos de ejecutoria, en consecuencia, en una nómina de más de seis mil docente, muchos de ellos incorporados a la planta de personal departamental por disposición de la Ley 715 de 2001, cómo puede pretenderse válidamente llevarse a juicio sin haberse dado la oportunidad de conocer en instancia previa de esta reclamación, máxime cuando no ha sido ella quien ha expedido los mismos.

Nada dice la Convocante que ya había recibido un anticipo previo por la suma de \$27.543.746.00, sin que nada se dijera respecto al cambio de régimen de liquidación de cesantías que ahora peticiona. En consecuencia, no conoció esta Administración de las pretensiones de la Convocante sino con el escrito de Conciliación que nos ocupa, vulnerándose así el “privilegio de decisión previa” dispuesto por la ley a su favor, lo que generará una INEPTA DEMANDA al momento en que la Jurisdicción Administrativa conozca del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

COMPENSACIÓN.

La Convocante solicita el pago retroactivo de sus cesantías, es decir, que como funcionaria con régimen anualizado de cesantías ha venido percibiendo del FOMAG el pago de intereses a las cesantías, valores estos que deberán ser **compensados a favor de la Entidad** en caso de que éstas sean vencidas en juicio, pues el poder adquisitivo de la prestación social estará dado por la liquidación de las mismas con base en el salario devengado en el último año de servicios.

La compensación como forma de novación de las obligaciones está definida en el artículo 1714 del

⁴⁹ Así lo ha considerado el Consejo de Estado v.gr, en sentencia de la Sala plena de lo Contencioso Administrativo, de 6 de agosto C.P. Clara Forero de Castro. Expediente S-145. Actor: Financiera Colpatria.

⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-000689-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 88 de 164	

ACTA DE REUNION

Código Civil colombiano, y opera cuando dos personas son deudoras una de otra.

En virtud de una protección legítima del erario público, debe presentarse esta excepción buscando que se compensen las sumas pagadas y recibidas por la accionante por concepto de intereses a las cesantías, con las que llegare a pagarse por concepto de reliquidación con retroactividad de la prestación social deprecada.

RECOMENDACIÓN: En criterio de esta abogada el DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER y conforme a los argumentos jurídicos antes expuestos, no está llamado a conciliar respecto de las pretensiones de la Conciliación Prejudicial que nos ocupa, de conformidad con los criterios antes expuestos.

OIDO Y ANALIZADO TODO LO EXPUESTO POR LA DOCTORA SONIA YURLEY RUIZ RIVEROS, ABOGADA EXTERNA DE LA SECRETRIA DE EDUCACION, LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DECIDEN POR UNANIMIDAD DE NO LLEGAR A NINGUN ACUERDO CONCILIATORIO.

14. **Concepto**
emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: MILDRED SANTIAGO SANGUINO abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO

Toma la palabra la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, el cual expone lo siguiente:

CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL	
Convocante (s)	MILDRED SANTIAGO SANGUINO, 2017-840-083760-2 DEL 13/03/2017
Apoderado: YOBANY LOPEZ QUINTERO	
Convocados	NACION – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MIN EDUCACION – DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER (Tercero interesado)

FECHA DE COMITÉ:

FECHA AUDIENCIA:

RESPONSABILIDAD DE LA FICHA Y APODERADO: Abogado. Sonia Yurley Ruiz R.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 89 de 164	

ACTA DE REUNION

CUANTÍA:	\$45.553.109.00
-----------------	-----------------

HECHOS MATERIA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL
--

La Convocante ha prestado sus servicios de manera ininterrumpida al Departamento Norte de Santander desde su nombramiento producido el 07 de marzo de 1995 y hasta la fecha de solicitud de la prestación como docente.

La docente presentó ante la Secretaría de Educación solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales, expidiéndose para estos efectos la Resolución No. 5379 del 13 de Diciembre de 2016. Aduce el Señor Apoderado que a pesar de la fecha de vinculación de su mandante las entidades demandadas aplicaron a efectos de liquidar sus Cesantías Parciales el régimen contemplado en el literal b) numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y no el contemplado en la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996 que consagran su pago en forma retroactiva y demás normas concordantes y complementarias.

Indica el Apoderado de la Convocante, que las entidades demandadas no entendieron que la Ley 91 de 1989 mantuvo intacto el régimen de liquidación de cesantías de los docentes territoriales, el cual fue respetado por la Ley 4 de 1992, Ley 60 de 1993 (artículo 6º inciso cuarto, donde se dispone 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). Por su parte la Ley 115 de 1994 en los artículos 115 y 176 que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y dicha ley, sin que en ningún caso se puede desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.

Cita igualmente el Apoderado de la Convocante que el Decreto 196 de 1995, artículo 5º mantuvo el respeto a los derechos adquiridos, así:

*Docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios. Los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. **A estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tengan al momento de la incorporación y no se les podrá imponer renunciaciones o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto.***

Para el nivel territorial el cambio en el régimen de liquidación de cesantías está dado por la Ley 344 de 1996, que en su Artículo 13º dispuso: “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 90 de 164	

ACTA DE REUNION

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;

La norma anterior es reglamentada a través del Decreto 1582 de 1998, que en su Artículo 1º ordena .- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

Concluye el Apoderado conforme al marco normativo anterior, que hasta el 31 de diciembre de 1996 el Legislador previó la existencia del régimen retroactivo de cesantías para los empleados públicos del orden territorial, como quiera que con posterioridad a dicha fecha – 1º de enero de 1997- surge un nuevo esquema de liquidación de prestaciones sociales para estos empleados públicos territoriales , imponiéndose la liquidación anualizada; pero aquellos docentes vinculados con anterioridad a dicha normativa conservarán el régimen retroactivo de liquidación, es decir, con el último salario devengado se liquida sobre la totalidad del tiempo de servicio.

PRETENSIONES:

65. Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 5379 del 13 de Diciembre de 2016, expedida por MARIA FABIOLA CACERES PEÑA SECRETARIA DE EDUCACION, por la cual se reconoció y ordenó el pago de una CESANTIA PARCIAL a su mandante, docente MILDRED SANTIAGO SANGUINO.
66. Se declare que la docente MILDRED SANTIAGO SANGUINO, tiene derecho a que la Nación (MEN) le reconozca y pague a través del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO las cesantías parciales de manera retroactiva, tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente 07 de marzo de 1995, mediante Decreto 000202 de 1995, y liquidada sobre el último salario devengado a la fecha de la presentación de la prestación, con la totalidad de los factores salariales de conformidad con la ley 6ª 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 de forma retroactiva.
67. Se declare que la docente MILDRED SANTIAGO SANGUINO, tiene derecho a que la Nación (MEN - FOMAG) liquide, reconozca y pague sus cesantías retroactivas, conforme a la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1945, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996, que consagran su pago en forma retroactiva.
68. Condenar a la Nación (MEN - FOMAG) a pagar el valor de \$45.553.109.00 que resulte entre la diferencia de la cantidad efectivamente reconocida conforme a la Resolución

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 91 de 164	

ACTA DE REUNION

No. 5379 del 13 de Diciembre de 2016 equivalente a \$25.163.621.00, con el resultante de la reliquidación por concepto de la CESANTIA PARCIAL retroactiva debidamente liquidada, desde el 07 de marzo de 1995, momento de su vinculación a la docencia oficial, es decir la suma de \$70.716.730.00.

69. Condenar a la Nación (MEN - FOMAG) a pagar el mayor valor que resulte de la cesantía retroactiva debidamente liquidada, contado desde el momento en que la entidad efectuó el reconocimiento y pago de la diferencia que mi representado se encuentra cobrando.
70. Condenar a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, según lo estipulado en el último párrafo del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.
71. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, sobre las sumas adeudadas a mi mandante, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 192 y numeral 4º del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.

ANÁLISIS Y CONCEPTO

CUESTION PREVIA:

22. Inexistencia del Derecho

Conforme a lo manifestado por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en sentencia del 29 de septiembre de 2016, siendo Magistrado Ponente el Dr. Carlos Mario Peña Díaz, proferida dentro del radicado 54-001-23-33-000-2015-00110-00, actor: Armando Granados Duarte, demandados: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento Norte de Santander – Municipio de Cúcuta:

En este punto, a criterio de la Sala, la Ley 91 de 1989 constituye el régimen legal especial en lo que respecta al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales de los docentes con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin distinción alguna. En efecto, en materia de cesantías la aludida ley establece que los docentes nacionalizados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 recibirían un auxilio de cesantía consistente en un mes de salario por cada año de servicio sobre el último salario devengado, es decir, que tales docentes conservan el régimen retroactivo, mientras que a los docentes del orden nacional y a los vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, se les liquida el auxilio de cesantía anualmente sin retroactividad, a la vez que se les cancela un interés anual sobre el saldo de las cesantías existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

La Corte Constitucional sobre el régimen especial de liquidación de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en sentencia C-928 del 8 de noviembre de 2006, con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto, expuso 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^[1], mediante la cual se creó el Fondo

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 92 de 164	

ACTA DE REUNION

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.

(...)

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.

Lo anterior permite concluir, que tanto a los docentes nacionales y nacionalizados, docentes Departamentales, Distritales y Municipales financiados o cofinanciados por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales, se les aplica la Ley 91 de 1989 la cual estableció el régimen de cesantías a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 con el sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Tal planteamiento fue adoptado por el Consejo de Estado en sentencia del 9 de julio de 2009, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, dentro del proceso radicado con el número 76001-23-31-000-2004-01655-01 (0672-07), donde se indicó:

Al quedar establecido que la actora inició sus labores como docente al Municipio de Obando en el año de 1995, esto es, con posterioridad a la fecha señalada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (1º de enero de 1990), el pago de sus cesantías no debía efectuarse con carácter retroactivo sino que, conforme señala la norma en mención, “se reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad”.

De esta forma concluye el Tribunal, que el régimen de cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, será el anualizado, no existiendo en consecuencia lugar a la viabilidad de las pretensiones aquí consignadas.

23. Inepta demanda por no haberse obtenido previamente decisión de la Administración – “privilegio previo de la administración”

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 93 de 164	

ACTA DE REUNION

De la simple lectura de la solicitud y del análisis de los documentos adjuntos a la misma se tiene que ni la Convocante ni su Apoderado han presentado similar reclamación a la que ahora nos ocupa ante esta Administración a fin de obtener un pronunciamiento previo sobre las reliquidaciones que pretende sean ordenadas judicialmente, asumiendo que con la Conciliación Prejudicial se agotan los requisitos de procedibilidad previstos en la ley procesal para accionar ante la Jurisdicción Administrativa, pues conforme se cita en el escrito de conciliación, al únicamente proceder el recurso de reposición contra el acto administrativo de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, éste no es obligatorio.

No obstante lo anterior, observa esta abogada, que conforme a lo normado en el artículo 161 núm. 2 del C.P.A.C.A. *“cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios”*. Si bien es cierto esta disposición se refiere a la interposición de los recursos ordinarios previstos en la ley procesal, efectivamente no aplicable en el presente caso pues respecto de los actos atacados solo procede el recursos de reposición no obligatorio; no es menos cierto, que a partir de la misma y con base en el denominado *“privilegio de la decisión previa”*, es necesario que el accionante haya obtenido el pronunciamiento previo de la administración, respecto de los derechos que pretende reclamar ante la jurisdicción, como quiera que *“la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez”*.⁵¹

Lo anterior, es catalogado doctrinaria y jurisprudencialmente como un privilegio a favor de la administración, por cuanto le permite pensar o reconsiderar la decisión que se pide o impugna; y como una garantía para el administrado, en tanto que mediante su gestión podrá convencer a la administración y evitarse así un pleito, aplicando *“principios de economía, celeridad y eficacia, los cuales orientan las actuaciones administrativas tal como lo ordenan los artículos 209 de la Constitución Política”*⁵²

Al respecto el doctor José Luís Benavides en el artículo **“La justificación de los recursos administrativos”** publicado en la Revista Derecho del Estado, indica al respecto de este tema: “En primer lugar, el privilegio de la revisión previa también se manifiesta en la congruencia que debe existir entre los argumentos expuestos para la impugnación del acto, en vía gubernativa, y los posteriores alegados en la sede judicial. El Consejo de Estado concibe que el debido proceso, a favor de la administración, impone al recurrente preservar en el proceso contencioso la misma línea de crítica que expuso en la revisión del acto en sede gubernativa (C.E., secc. I, sent. 11/10/06, rad. 3697; secc. II-B, sent. 21/05/09, rad. 4073-05). El privilegio de la revisión previa

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección B, sentencia del nueve (09) de junio de 2009. M.P.: Jesús María Lemos Bustamante, exp.: 2270-04.

⁵² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-000-2009-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 94 de 164	

ACTA DE REUNION

encuentra aquí una manifestación evidente, que pone de presente a cabalidad la condición de requisito de procedibilidad de la acción contenciosa, dada a la vía gubernativa.

Sobre este punto, son múltiples los pronunciamientos del Consejo de Estado que pueden traerse a colación, entre ellos:

"...no solo el uso de los recursos agota la vía gubernativa, pues la Ley ha consagrado algunos modos de impugnar que cumplen el mismo cometido.

*En todo caso, **para que se cumpla este requisito de procedibilidad, resulta necesario que el administrado exprese con claridad el objeto de su reclamación o los motivos de su inconformidad, según el caso, pues lo que se busca con dicha exigencia es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente ante la administración.** No quiere ello decir que sea imposible exponer ante la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión invocada en sede administrativa, siempre que no se cambie el objeto de la petición. **Así las cosas la persona que acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para interponer una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, podrá incluir nuevos argumentos y fundamentos de hecho y de derecho a los cuales no hizo mención al interponer los respectivos recursos en la vía gubernativa. Lo que no le es dable al demandante es incluir pretensiones distintas a las que adujo en sede administrativa o variar sustancialmente la reclamación**⁵³.⁵⁴ (Subraya fuera del texto en cita).*

Igualmente, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-792 de 2006, siendo Magistrado Ponente el Dr. Rodrigo Escobar Gil, de fecha 20/09/2006, se ha pronunciado al respecto indicando que:

La necesidad de agotar la vía gubernativa como presupuesto para acudir a la jurisdicción constituye un privilegio de la Administración, derivado del principio de autotutela administrativa y por virtud del cual debe brindarse a los entes públicos la oportunidad de pronunciarse sobre sus propios actos antes de que las controversias que hayan surgido en torno a ellos sean planteadas ante los tribunales.

Es tan cierta esta ausencia de reclamación administrativa que permita a la administración pronunciarse acerca de la pretensión de reliquidación deprecada, que los actos administrativos cuya nulidad PARCIAL demanda el Señor Apoderado, corresponde a la Resolución mediante la cual se le reconoció la cesantía parcial, quien renunció a términos de ejecutoria, en consecuencia, en una nómina de más de seis mil docente, muchos de ellos incorporados a la planta de personal departamental por disposición de la Ley 715 de 2001, cómo puede pretenderse válidamente llevarse a juicio sin habersele dado la oportunidad de conocer en instancia previa de esta reclamación, máxime cuando no ha sido ella quien ha expedido los mismos.

⁵³ Así lo ha considerado el Consejo de Estado v.gr, en sentencia de la Sala plena de lo Contencioso Administrativo, de 6 de agosto de 2006, C.P. Clara Forero de Castro. Expediente S-145. Actor: Financiera Colpatría.

⁵⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-0000689-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 95 de 164	

ACTA DE REUNION

Nada dice la Convocante que ya había recibido un anticipo previo por la suma de \$25.163.621.00, sin que nada se dijera respecto al cambio de régimen de liquidación de cesantías que ahora peticiona. En consecuencia, no conoció esta Administración de las pretensiones de la Convocante sino con el escrito de Conciliación que nos ocupa, vulnerándose así el “privilegio de decisión previa” dispuesto por la ley a su favor, lo que generará una INEPTA DEMANDA al momento en que la Jurisdicción Administrativa conozca del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

COMPENSACIÓN.

La Convocante solicita el pago retroactivo de sus cesantías, es decir, que como funcionaria con régimen anualizado de cesantías ha venido percibiendo del FOMAG el pago de intereses a las cesantías, valores estos que deberán ser **compensados a favor de la Entidad** en caso de que éstas sean vencidas en juicio, pues el poder adquisitivo de la prestación social estará dado por la liquidación de las mismas con base en el salario devengado en el último año de servicios.

La compensación como forma de novación de las obligaciones está definida en el artículo 1714 del Código Civil colombiano, y opera cuando dos personas son deudoras una de otra.

En virtud de una protección legítima del erario público, debe presentarse esta excepción buscando que se compensen las sumas pagadas y recibidas por la accionante por concepto de intereses a las cesantías, con las que llegare a pagarse por concepto de reliquidación con retroactividad de la prestación social deprecada.

RECOMENDACIÓN: En criterio de esta abogada el DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER y conforme a los argumentos jurídicos antes expuestos, no está llamado a conciliar respecto de las pretensiones de la Conciliación Prejudicial que nos ocupa, de conformidad con los criterios antes expuestos.

OIDO Y ANALIZADO TODO LO EXPUESTO POR LA DOCTORA SONIA YURLEY RUIZ RIVEROS, ABOGADA EXTERNA DE LA SECRETRIA DE EDUCACION, LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DECIDEN POR UNANIMIDAD DE NO LLEGAR A NINGUN ACUERDO CONCILIATORIO.

15.

Concepto

emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educación, convocante: NINFA ROSA LLANES OVALLES abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO

Toma la palabra la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educación, el cual expone lo siguiente:

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 96 de 164	

ACTA DE REUNION

CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL	
Convocante (s)	NINFA ROSA LLANES OVALLOS, Rad. 2017-840-083767 DEL 13/03/2017
Apoderado: YOBANY LOPEZ QUINTERO	
Convocados	NACION – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MIN EDUCACION – DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER (Tercero interesado)

FECHA DE COMITÉ:

FECHA AUDIENCIA:

RESPONSABILIDAD DE LA FICHA Y APODERADO: Abogado. Sonia Yurley Ruiz R.

CUANTÍA:	\$ 39.957.180.00
-----------------	------------------

HECHOS MATERIA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL

La Convocante ha prestados sus servicios de manera ininterrumpida al DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER, desde su nombramiento producido el 26 de Abril de 1995 y hasta la fecha de solicitud de la prestación como docente.

La docente presentó ante la Secretaría de Educación del Departamento Norte de Santander-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales, expidiéndose para estos efectos la Resolución No. 5525 del 28 de Diciembre de 2016. Aduce el Señor Apoderado que a pesar de la fecha de vinculación de su mandante las entidades demandadas aplicaron a efectos de liquidar sus Cesantías Parciales el régimen contemplado en el literal b) numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y no el contemplado en la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996 que consagran su pago en forma retroactiva y demás normas concordantes y complementarias.

Indica el Apoderado de la Convocante, que las entidades demandadas no entendieron que la Ley 91 de 1989 mantuvo intacto el régimen de liquidación de cesantías de los docentes territoriales, el cual fue respetado por la Ley 4 de 1992, Ley 60 de 1993 (artículo 6º inciso cuarto, donde se dispone que el personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 97 de 164	

ACTA DE REUNION

incorporado al FOMAG y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial). Por su parte la Ley 115 de 1994 en los artículos 115 y 176 que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y dicha ley, sin que en ningún caso se puede desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.

Cita igualmente el Apoderado de los Convocantes que el Decreto 196 de 1995, artículo 5º mantuvo el respeto a los derechos adquiridos, así:

*Docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios. Los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. **A estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tengan al momento de la incorporación y no se les podrá imponer renunciaciones o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto.***

Para el nivel territorial el cambio en el régimen de liquidación de cesantías está dado por la Ley 344 de 1996, que en su Artículo 13º dispuso: “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

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

La norma anterior es reglamentada a través del Decreto 1582 de 1998, que en su Artículo 1º ordena .- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

Concluye el Apoderado conforme al marco normativo anterior, que hasta el 31 de diciembre de 1996 el Legislador previó la existencia del régimen retroactivo de cesantías para los empleados públicos del orden territorial, como quiera que con posterioridad a dicha fecha – 1º de enero de 1997- surge un nuevo esquema de liquidación de prestaciones sociales para estos empleados públicos territoriales , imponiéndose la liquidación anualizada; pero aquellos docentes vinculados con anterioridad a dicha normativa conservarán el régimen retroactivo de liquidación, es decir, con el último salario devengado se liquida sobre la totalidad del tiempo de servicio.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 98 de 164	

ACTA DE REUNION

PRETENSIONES:

72. Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 5525 del 28 de Diciembre de 2016, expedida por MARIA FABIOLA CACERES PEÑA, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de cesantías parciales a su mandante NINFA ROSA LLANES OVALLES.
73. Se declare que la docente NINFA ROSA LLANES OVALLES, tiene derecho a que la Nación (MEN) le reconozca a través del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO las cesantías parciales de manera retroactiva, tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente 26 de Abril de 1995 y liquidada sobre el último salario devengado a la fecha de la presentación de la prestación, 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.
74. Se declare que la docente NINFA ROSA LLANES OVALLES, tiene derecho a que la Nación (MEN - FOMAG) liquide, reconozca y pague sus cesantías retroactivas, conforme a la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1945, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996, que consagran su pago en forma retroactiva.
75. Condenar a la Nación (MEN - FOMAG) a pagar el valor de \$ 39.957.180.00, que resulta entre la diferencia de la cantidad efectivamente reconocida conforme a la Resolución No. 5525 del 28 de Diciembre de 2016, equivalente a \$30.477.222, con el resultante de la reliquidación por concepto de la CESANTIA PARCIAL retroactiva debidamente liquidada, desde el 26 de Abril de 1995, momento de su vinculación a la docencia oficial, es decir la suma de \$70.434.402.
76. Condenar a la NACION (Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) a pagar el mayor valor que resulte de la cesantía retroactiva debidamente liquidada, contado desde el momento de presentación de esta demanda, hasta el momento en que la entidad efectúe el reconocimiento y pago de la diferencia que mi representada se encuentra cobrando.
77. Condenar a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, según lo estipulado en el último párrafo del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.
78. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, sobre las sumas adeudadas a mi mandante, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3° del artículo 192 y numeral 4 del artículo 195 de la Ley 1437 del 2011.

ANÁLISIS Y CONCEPTO

CUESTION PREVIA:

Debe advertir inicialmente la suscrita abogada que si bien el Departamento está llamado en la presente Conciliación como tercero interesado, ya que el Señor Apoderado presenta como Convocados principales la NACION – MEN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, no es cierto que la Entidad Territorial Certificada deba acudir a la conciliación y menos aún a la demanda como un tercero con interés, toda vez que el FOMAG actúa en el pago

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 99 de 164	

ACTA DE REUNION

de la prestación social cuya reliquidación se pretende, como un simple administrador de recursos, y en consecuencia de ser viables las pretensiones de la Convocante, el mayor valor que resulte de reliquidar las cesantías bajo el régimen retroactivo, deberá ser PAGADO POR EL DEPARTAMENTO al FOMAG, siendo en consecuencia el Ente Territorial actor principal en la presente reclamación.

Ahora bien, ya frente a la reclamación que nos ocupa, los argumentos de la defensa están dados por los siguientes medios exceptivos que se consideran pueden tener prosperidad en vía judicial:

24. Inexistencia del Derecho

Conforme a lo manifestado por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en sentencia del 29 de septiembre de 2016, siendo Magistrado Ponente el Dr. Carlos Mario Peña Díaz, proferida dentro del radicado 54-001-23-33-000-2015-00110-00, actor: Armando Granados Duarte, demandados: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento Norte de Santander – Municipio de San José de Cúcuta:

En este punto, a criterio de la Sala, la Ley 91 de 1989 constituye el régimen legal especial en lo que respecta al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales de los docentes con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin distinción alguna. En efecto, en materia de cesantías la aludida ley establece que los docentes nacionalizados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 recibirían un auxilio de cesantía consistente en un mes de salario por cada año de servicio sobre el último salario devengado, es decir, que tales docentes conservan el régimen retroactivo, mientras que a los docentes del orden nacional y a los vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, se les liquida el auxilio de cesantía anualmente sin retroactividad, a la vez que se les cancela un interés anual sobre el saldo de las cesantías existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

La Corte Constitucional sobre el régimen especial de liquidación de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en sentencia C-928 del 8 de noviembre de 2006, con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto, expuso 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^[1], 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.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 100 de 164	

ACTA DE REUNION

(...)

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.

Lo anterior permite concluir, que tanto a los docentes nacionales y nacionalizados, docentes Departamentales, Distritales y Municipales financiados o cofinanciados por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales, se les aplica la Ley 91 de 1989 la cual estableció el régimen de cesantías a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 con el sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Tal planteamiento fue adoptado por el Consejo de Estado en sentencia del 9 de julio de 2009, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, dentro del proceso radicado con el número 76001-23-31-000-2004-01655-01 (0672-07), donde se indicó:

Al quedar establecido que el actor inició sus labores como docente al Municipio de Salazar de las Palmas, en el año de 1995, esto es, con posterioridad a la fecha señalada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (1º de enero de 1990), el pago de sus cesantías no debía efectuarse con carácter retroactivo sino que, conforme señala la norma en mención, “se reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad”.

De esta forma concluye el Tribunal, que el régimen de cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, será el anualizado, no existiendo en consecuencia lugar a la viabilidad de las pretensiones aquí consignadas.

25. INEPTA DEMANDA POR FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITIS CONSORCIO NECESARIO.

La señora NINFA ROSA LLANES OVALLES, fue vinculada como docente oficial por nombramiento contenido en el Decreto 009 de 1995 del Municipio de Salazar de las Palmas y posesionado ante el alcalde municipal, el 26 de Abril de 1995, es decir, que su vinculación corresponde a la DOCENTE MUNICIPAL FINANCIADA CON RECURSOS PROPIOS.

A la entrada en vigencia de la Ley 715 de 2001, el Departamento como Entidad Certificada en el Sector Educación debió asumir la prestación del servicio educativo respecto de los 39 municipios no certificados de su jurisdicción, entre los que se encuentra el Municipio de Salazar de las Palmas. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 17 ibídem, el Departamento debió incorporar a su planta de personal para pago con recursos del Sistema General de Participaciones, a los docentes de los municipios no certificados. Para el caso específico del Municipio de Salazar de las Palmas,

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 101 de 164	

ACTA DE REUNION

sus docentes con vinculación municipal fueron incorporados al Departamento en el año 2003, dentro de los cuales se encuentra la hoy convocante NINFA ROSA LLANES OVALLES .

Según la información que reposa en la dependencia educativa, la docente NINFA ROSA LLANES OVALLES, fue afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el 27 de septiembre de 2000, lo que significa que su afiliación y el régimen de liquidación de cesantías que le correspondía fue llevado a cabo por el MUNICIPIO de Salazar de las Palmas , su inicial empleador, quien en el evento de prosperidad de la acción le correspondería concurrir con los recursos de la retroactividad de la liquidación de cesantías por el período comprendido desde su nombramiento hasta la fecha en que fue incorporada a la planta del Departamento.

De esta forma, debe el MUNICIPIO DE Salazar de las Palmas, en su condición de empleador inicial concurrir a esta diligencia y a la demanda posterior, pues deberá él responder por la retroactividad de las cesantías deprecadas por el lapso durante el cual la docente NINFA ROSA LLANES OVALLES ostentó la condición de docente municipal, ya que fue él quien al afiliarla al FOMAG no informó al mismo acerca de cuál régimen de liquidación correspondía a la docente.

Esta indebida integración del litis consorcio deberá verse reflejada en el proceso judicial respectivo en medio exceptivo de INEPTA DEMANDA POR INDEBIDA INTEGRACIÓN DEL LISTIS CONSORCIO NECESARIO, figura que al no encontrarse normada en el CPACA, será el ordenamiento de Procedimiento Civil el aplicable por remisión del artículo 306 ídem.. El artículo 61 del Código General del Proceso determina que se está frente al litis consorcio necesario, cuando la cuestión litigiosa haya de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes, es decir, cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales o por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos acto (arts. 61 y 90 C. P. C.).

Debe igualmente indicarse, que para el cambio del régimen de cesantías de un docente afiliado al FOMAG, debe la entidad que lo afilió proceder a realizar el cambio de régimen, debiéndose en consecuencia consultar a dicho FONDO el procedimiento que legalmente debe acometer la Entidad para mutar el régimen de liquidación de cesantías.

26. Inepta demanda por no haberse obtenido previamente decisión de la Administración – “privilegio previo de la administración”

De la simple lectura de la solicitud y del análisis de los documentos adjuntos a la misma se tiene que ni la Convocante ni su Apoderado han presentado similar reclamación a la que ahora nos ocupa ante esta Administración a fin de obtener un pronunciamiento previo sobre las reliquidaciones que pretende sean ordenadas judicialmente, asumiendo que con la Conciliación Prejudicial se agotan los requisitos de procedibilidad previstos en la ley procesal para accionar ante la Jurisdicción Administrativa, pues conforme se cita en el escrito de conciliación, al únicamente proceder el recurso de reposición contra el acto administrativo de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, éste no es obligatorio.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 102 de 164	

ACTA DE REUNION

No obstante lo anterior, observa esta abogada, que conforme a lo normado en el artículo 161 núm. 2 del C.P.A.C.A. *“cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios”*. Si bien es cierto esta disposición se refiere a la interposición de los recursos ordinarios previstos en la ley procesal, efectivamente no aplicable en el presente caso pues respecto de los actos atacados solo procede el recursos de reposición no obligatorio; no es menos cierto, que a partir de la misma y con base en el denominado *“privilegio de la decisión previa”*, es necesario que la accionante haya obtenido el pronunciamiento previo de la administración, respecto de los derechos que pretende reclamar ante la jurisdicción, como quiera que *“la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez”*.⁵⁵

Lo anterior, es catalogado doctrinaria y jurisprudencialmente como un privilegio a favor de la administración, por cuanto le permite pensar o reconsiderar la decisión que se pide o impugna; y como una garantía para el administrado, en tanto que mediante su gestión podrá convencer a la administración y evitarse así un pleito, aplicando *“principios de economía, celeridad y eficacia, los cuales orientan las actuaciones administrativas tal como lo ordenan los artículos 209 de la Constitución Política”*⁵⁶

Al respecto el doctor José Luís Benavides en el artículo **“La justificación de los recursos administrativos”** publicado en la Revista Derecho del Estado, indica al respecto de este tema: “En primer lugar, el privilegio de la revisión previa también se manifiesta en la congruencia que debe existir entre los argumentos expuestos para la impugnación del acto, en vía gubernativa, y los posteriores alegados en la sede judicial. El Consejo de Estado concibe que el debido proceso, a favor de la administración, impone al recurrente preservar en el proceso contencioso la misma línea de crítica que expuso en la revisión del acto en sede gubernativa (C.E., secc. I, sent. 11/10/06, rad. 3697; secc. II-B, sent. 21/05/09, rad. 4073-05). El privilegio de la revisión previa encuentra aquí una manifestación evidente, que pone de presente a cabalidad la condición de requisito de procedibilidad de la acción contenciosa, dada a la vía gubernativa.

Sobre este punto, son múltiples los pronunciamiento del Consejo de Estado que pueden traerse a colación, entre ellos:

“...no solo el uso de los recursos agota la vía gubernativa, pues la Ley ha consagrado algunos modos de impugnar que cumplen el mismo cometido.

En todo caso, para que se cumpla este requisito de procedibilidad, resulta necesario que el administrado exprese con claridad el objeto de su reclamación o los motivos de su inconformidad. según el caso, pues lo que se busca con dicha

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección B, sentencia del nueve (09) de junio de 2009. M.P.: Jesús María Lemos Bustamante, exp.: 2270-04.

⁵⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-000-2009-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 103 de 164	

ACTA DE REUNION

exigencia es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente ante la administración. *No quiere ello decir que sea imposible exponer ante la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión invocada en sede administrativa, siempre que no se cambie el objeto de la petición. Así las cosas la persona que acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para interponer una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, podrá incluir nuevos argumentos y fundamentos de hecho y de derecho a los cuales no hizo mención al interponer los respectivos recursos en la vía gubernativa. Lo que no le es dable al demandante es incluir pretensiones distintas a las que adujo en sede administrativa o variar sustancialmente la reclamación^{57, 58}.* (Subraya fuera del texto en cita).

Igualmente, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-792 de 2006, siendo Magistrado Ponente el Dr. Rodrigo Escobar Gil, de fecha 20/09/2006, se ha pronunciado al respecto indicando que:

La necesidad de agotar la vía gubernativa como presupuesto para acudir a la jurisdicción constituye un privilegio de la Administración, derivado del principio de autotutela administrativa y por virtud del cual debe brindarse a los entes públicos la oportunidad de pronunciarse sobre sus propios actos antes de que las controversias que hayan surgido en torno a ellos sean planteadas ante los tribunales.

Es tan cierta esta ausencia de reclamación administrativa que permita a la administración pronunciarse acerca de la pretensión de reliquidación deprecada, que el acto administrativo cuya nulidad PARCIAL demanda el Señor Apoderado, corresponden a la Resolución mediante las cuales se reconoció la cesantía parcial, a la docente NINFA ROSA LLANES OVALLES, renunció a términos de ejecutoria, en consecuencia, en una nómina de más de seis mil docente, muchos de ellos como en el presente incorporados a la planta de personal departamental por disposición de la Ley 715 de 2001, habiendo sido afiliados al FOMAG por sus empleadores iniciales, cómo puede pretenderse válidamente llevarse a juicio sin habersele dado la oportunidad de conocer en instancia previa de esta reclamación.

Nada manifiesta la Convocante acerca de que ya se le habían reconocido cesantías parciales por la suma de \$30.477.222.00, las cuales fueron recibidas sin que nada se hubiera objetado respecto al régimen de liquidación de las mismas. Así las cosas, no conoció esta Administración de las pretensiones de la Convocante sino con el escrito de Conciliación que nos ocupa, vulnerándose así el “privilegio de decisión previa” dispuesto por la ley a su favor, lo que generará una INEPTA DEMANDA al momento en que la Jurisdicción Administrativa conozca del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

COMPENSACIÓN.

⁵⁷ Así lo ha considerado el Consejo de Estado v.gr, en sentencia de la Sala plena de lo Contencioso Administrativo, de 6 de agosto C.P. Clara Forero de Castro. Expediente S-145. Actor: Financiera Colpatria.

⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-000689-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 104 de 164	

ACTA DE REUNION

La Convocante solicita el pago retroactivo de sus cesantías, es decir, que como funcionaria con régimen anualizado de cesantías ha venido percibiendo del FOMAG el pago de intereses a las cesantías, valores estos que deberán ser **compensados a favor de la Entidad** en caso de que éstas sean vencidas en juicio, pues el poder adquisitivo de la prestación social estará dado por la liquidación de las mismas con base en el salario devengado en el último año de servicios.

La compensación como forma de novación de las obligaciones está definida en el artículo 1714 del Código Civil colombiano, y opera cuando dos personas son deudoras una de otra.

En virtud de una protección legítima del erario público, debe presentarse esta excepción buscando que se compensen las sumas pagadas y recibidas por la accionante por concepto de intereses a las cesantías, con las que llegare a pagarse por concepto de reliquidación con retroactividad de la prestación social deprecada.

RECOMENDACIÓN: En criterio de esta abogada el DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER y conforme a los argumentos jurídicos antes expuestos, no está llamado a conciliar respecto de las pretensiones de la Conciliación Prejudicial que nos ocupa, como se ha indicado en apartes anteriores.

OIDO Y ANALIZADO TODO LO EXPUESTO POR LA DOCTORA SONIA YURLEY RUIZ RIVEROS, ABOGADA EXTERNA DE LA SECRETRIA DE EDUCACION, LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DECIDEN POR UNANIMIDAD DE NO LLEGAR A NINGUN ACUERDO CONCILIATORIO.

16. **Concepto**
emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: RUTH CONSTANZA OSORIO TIRIA abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO

Toma la palabra la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, el cual expone lo siguiente:

CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL	
Convocante (s)	RUTH CONSTANZA OSORIO TIRIA, Rad. 2017-840-083761-2 DEL 13/03/2017
Apoderado: YOBANY LOPEZ QUINTERO	
Convocados	NACION – FONDO DE PRESTACIONES

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 105 de 164	

ACTA DE REUNION

	SOCIALES DEL MAGISTERIO – MIN EDUCACION – DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER (Tercero interesado)
--	---

FECHA DE COMITÉ:

FECHA AUDIENCIA:

RESPONSABILIDAD DE LA FICHA Y APODERADO: Abogado. Sonia Yurley Ruiz R.

CUANTÍA:	\$ 30.992.883.00
-----------------	------------------

HECHOS MATERIA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL
--

La Convocante ha prestados sus servicios de manera ininterrumpida al DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER, desde su nombramiento producido el 19 de Abril de 1995 y hasta la fecha de solicitud de la prestación como docente.

La docente presentó ante la Secretaría de Educación del Departamento Norte de Santander-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales, expidiéndose para estos efectos la Resolución No.05176 del 29 de Noviembre de 2016. Aduce el Señor Apoderado que a pesar de la fecha de vinculación de su mandante las entidades demandadas aplicaron a efectos de liquidar sus Cesantías Parciales el régimen contemplado en el literal b) numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y no el contemplado en la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996 que consagran su pago en forma retroactiva y demás normas concordantes y complementarias.

Indica el Apoderado de la Convocante, que las entidades demandadas no entendieron que la Ley 91 de 1989 mantuvo intacto el régimen de liquidación de cesantías de los docentes territoriales, el cual fue respetado por la Ley 4 de 1992, Ley 60 de 1993 (artículo 6º inciso cuarto, donde se dispone 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). Por su parte la Ley 115 de 1994 en los artículos 115 y 176 que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y dicha ley, sin que en ningún caso se puede desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.

Cita igualmente el Apoderado de la Convocante que el Decreto 196 de 1995, artículo 5º mantuvo el respeto a los derechos adquiridos, así:

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 106 de 164	

ACTA DE REUNION

*Docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios. Los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. **A estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tengan al momento de la incorporación y no se les podrá imponer renunciaciones o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto.***

Para el nivel territorial el cambio en el régimen de liquidación de cesantías está dado por la Ley 344 de 1996, que en su Artículo 13° dispuso: “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

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

La norma anterior es reglamentada a través del Decreto 1582 de 1998, que en su Artículo 1° ordena .- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

Concluye el Apoderado conforme al marco normativo anterior, que hasta el 31 de diciembre de 1996 el Legislador previó la existencia del régimen retroactivo de cesantías para los empleados públicos del orden territorial, como quiera que con posterioridad a dicha fecha – 1° de enero de 1997- surge un nuevo esquema de liquidación de prestaciones sociales para estos empleados públicos territoriales , imponiéndose la liquidación anualizada; pero aquellos docentes vinculados con anterioridad a dicha normativa conservarán el régimen retroactivo de liquidación, es decir, con el último salario devengado se liquida sobre la totalidad del tiempo de servicio.

PRETENSIONES:

- 79. Se declare la nulidad parcial de la Resolución No.05176 del 29 de Noviembre de 2016, expedida por CECILIA DURAN JAIMES, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de cesantías parciales a su mandante RUTH CONSTANZA OSORIO TIRIA.
- 80. Se declare que la docente RUTH CONSTANZA OSORIO TIRIA, tiene derecho a que la Nación (MEN) le reconozca a través del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO las cesantías parciales de manera retroactiva, tomando como base el tiempo

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 107 de 164	

ACTA DE REUNION

de servicios a partir de su vinculación como docente 19 de Abril de 1995 y liquidada sobre el último salario devengado a la fecha de la presentación de la prestación, 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.

81. Se declare que la docente RUTH CONSTANZA OSORIO TIRIA, tiene derecho a que la Nación (MEN - FOMAG) liquide, reconozca y pague sus cesantías retroactivas, conforme a la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1945, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996, que consagran su pago en forma retroactiva.
82. Condenar a la Nación (MEN - FOMAG) a pagar el valor de \$ 39.992.883.00 que resulta entre la diferencia de la cantidad efectivamente reconocida conforme a la Resolución No.05176 del 29 de Noviembre de 2016, equivalente a \$30.459.132, con el resultante de la reliquidación por concepto de la CESANTIA PARCIAL retroactiva debidamente liquidada, desde el 19 de Abril de 1995, momento de su vinculación a la docencia oficial, es decir la suma de \$70.452.015.
83. Condenar a la NACION (Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) a pagar el mayor valor que resulte de la cesantía retroactiva debidamente liquidada, contado desde el momento de presentación de esta demanda, hasta el momento en que la entidad efectúe el reconocimiento y pago de la diferencia que mi representada se encuentra cobrando.
84. Condenar a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, según lo estipulado en el último párrafo del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.
85. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, sobre las sumas adeudadas a mi mandante, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3° del artículo 192 y numeral 4 del artículo 195 de la Ley 1437 del 2011.

ANÁLISIS Y CONCEPTO

CUESTION PREVIA:

Debe advertir inicialmente la suscrita abogada que si bien el Departamento está llamado en la presente Conciliación como tercero interesado, ya que el Señor Apoderado presenta como Convocados principales la NACION – MEN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, no es cierto que la Entidad Territorial Certificada deba acudir a la conciliación y menos aún a la demanda como un tercero con interés, toda vez que el FOMAG actúa en el pago de la prestación social cuya reliquidación se pretende, como un simple administrador de recursos, y en consecuencia de ser viables las pretensiones de la Convocante, el mayor valor que resulte de reliquidar las cesantías bajo el régimen retroactivo, deberá ser PAGADO POR EL DEPARTAMENTO al FOMAG, siendo en consecuencia el Ente Territorial actor principal en la

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 108 de 164	

ACTA DE REUNION

presente reclamación.

Ahora bien, ya frente a la reclamación que nos ocupa, los argumentos de la defensa están dados por los siguientes medios exceptivos que se consideran pueden tener prosperidad en vía judicial:

27. Inexistencia del Derecho

Conforme a lo manifestado por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en sentencia del 29 de septiembre de 2016, siendo Magistrado Ponente el Dr. Carlos Mario Peña Díaz, proferida dentro del radicado 54-001-23-33-000-2015-00110-00, actor: Armando Granados Duarte, demandados: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento Norte de Santander – Municipio de San José de Cúcuta:

En este punto, a criterio de la Sala, la Ley 91 de 1989 constituye el régimen legal especial en lo que respecta al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales de los docentes con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin distinción alguna. En efecto, en materia de cesantías la aludida ley establece que los docentes nacionalizados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 recibirían un auxilio de cesantía consistente en un mes de salario por cada año de servicio sobre el último salario devengado, es decir, que tales docentes conservan el régimen retroactivo, mientras que a los docentes del orden nacional y a los vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, se les liquida el auxilio de cesantía anualmente sin retroactividad, a la vez que se les cancela un interés anual sobre el saldo de las cesantías existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

La Corte Constitucional sobre el régimen especial de liquidación de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en sentencia C-928 del 8 de noviembre de 2006, con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto, expuso 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^[1], 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.

(...)

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,

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 109 de 164	

ACTA DE REUNION

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.

Lo anterior permite concluir, que tanto a los docentes nacionales y nacionalizados, docentes Departamentales, Distritales y Municipales financiados o cofinanciados por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales, se les aplica la Ley 91 de 1989 la cual estableció el régimen de cesantías a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 con el sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Tal planteamiento fue adoptado por el Consejo de Estado en sentencia del 9 de julio de 2009, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, dentro del proceso radicado con el número 76001-23-31-000-2004-01655-01 (0672-07), donde se indicó:

Al quedar establecido que el actor inició sus labores como docente al Municipio de Salazar de las Palmas, en el año de 1995, esto es, con posterioridad a la fecha señalada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (1º de enero de 1990), el pago de sus cesantías no debía efectuarse con carácter retroactivo sino que, conforme señala la norma en mención, “se reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad”.

De esta forma concluye el Tribunal, que el régimen de cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, será el anualizado, no existiendo en consecuencia lugar a la viabilidad de las pretensiones aquí consignadas.

28. INEPTA DEMANDA POR FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITIS CONSORCIO NECESARIO.

La señora RUTH CONSTANZA OSORIO TIRIA, fue vinculada como docente oficial por nombramiento contenido en el Decreto 007 de 1995 del Municipio de Salazar de las Palmas y posesionada ante el alcalde municipal, el 19 de Abril de 1995, es decir, que su vinculación corresponde a la DOCENTE MUNICIPAL FINANCIADA CON RECURSOS PROPIOS.

A la entrada en vigencia de la Ley 715 de 2001, el Departamento como Entidad Certificada en el Sector Educación debió asumir la prestación del servicio educativo respecto de los 39 municipios no certificados de su jurisdicción, entre los que se encuentra el Municipio de Salazar de las Palmas. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 17 ibídem, el Departamento debió incorporar a su planta de personal para pago con recursos del Sistema General de Participaciones, a los docentes de los municipios no certificados. Para el caso específico del Municipio de Salazar de las Palmas, sus docentes con vinculación municipal fueron incorporados al Departamento en el año 2003, dentro de los cuales se encuentra la hoy convocante RUTH CONSTANZA OSORIO TIRIA.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 110 de 164	

ACTA DE REUNION

Según la información que reposa en la dependencia educativa, la docente RUTH CONSTANZA OSORIO TIRIA, fue afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el 27 de septiembre de 2000, lo que significa que su afiliación y el régimen de liquidación de cesantías que le correspondía fue llevado a cabo por el MUNICIPIO de Salazar de las Palmas, su inicial empleador, quien en el evento de prosperidad de la acción le correspondería concurrir con los recursos de la retroactividad de la liquidación de cesantías por el período comprendido desde su nombramiento hasta la fecha en que fue incorporada a la planta del Departamento.

De esta forma, debe el MUNICIPIO DE Salazar de las Palmas, en su condición de empleador inicial concurrir a esta diligencia y a la demanda posterior, pues deberá él responder por la retroactividad de las cesantías deprecadas por el lapso durante el cual la docente RUTH CONSTANZA OSORIO TIRIA, ostentó la condición de docente municipal, ya que fue él quien al afiliarla al FOMAG no informó al mismo acerca de cuál régimen de liquidación correspondía a la docente.

Esta indebida integración del litis consorcio deberá verse reflejada en el proceso judicial respectivo en medio exceptivo de INEPTA DEMANDA POR INDEBIDA INTEGRACIÓN DEL LISTIS CONSORCIO NECESARIO, figura que al no encontrarse normada en el CPACA, será el ordenamiento de Procedimiento Civil el aplicable por remisión del artículo 306 ídem.. El artículo 61 del Código General del Proceso determina que se está frente al litis consorcio necesario, cuando la cuestión litigiosa haya de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes, es decir, cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales o por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos acto (arts. 61 y 90 C. P. C.).

Debe igualmente indicarse, que para el cambio del régimen de cesantías de un docente afiliado al FOMAG, debe la entidad que lo afilió proceder a realizar el cambio de régimen, debiéndose en consecuencia consultar a dicho FONDO el procedimiento que legalmente debe acometer la Entidad para mutar el régimen de liquidación de cesantías.

29. Inepta demanda por no haberse obtenido previamente decisión de la Administración – “privilegio previo de la administración”

De la simple lectura de la solicitud y del análisis de los documentos adjuntos a la misma se tiene que ni la Convocante ni su Apoderado han presentado similar reclamación a la que ahora nos ocupa ante esta Administración a fin de obtener un pronunciamiento previo sobre las reliquidaciones que pretende sean ordenadas judicialmente, asumiendo que con la Conciliación Prejudicial se agotan los requisitos de procedibilidad previstos en la ley procesal para accionar ante la Jurisdicción Administrativa, pues conforme se cita en el escrito de conciliación, al únicamente proceder el recurso de reposición contra el acto administrativo de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, éste no es obligatorio.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 111 de 164	

ACTA DE REUNION

No obstante lo anterior, observa esta abogada, que conforme a lo normado en el artículo 161 núm. 2 del C.P.A.C.A. *“cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios”*. Si bien es cierto esta disposición se refiere a la interposición de los recursos ordinarios previstos en la ley procesal, efectivamente no aplicable en el presente caso pues respecto de los actos atacados solo procede el recursos de reposición no obligatorio; no es menos cierto, que a partir de la misma y con base en el denominado *“privilegio de la decisión previa”*, es necesario que la accionante haya obtenido el pronunciamiento previo de la administración, respecto de los derechos que pretende reclamar ante la jurisdicción, como quiera que *“la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez”*.⁵⁹

Lo anterior, es catalogado doctrinaria y jurisprudencialmente como un privilegio a favor de la administración, por cuanto le permite pensar o reconsiderar la decisión que se pide o impugna; y como una garantía para el administrado, en tanto que mediante su gestión podrá convencer a la administración y evitarse así un pleito, aplicando *“principios de economía, celeridad y eficacia, los cuales orientan las actuaciones administrativas tal como lo ordenan los artículos 209 de la Constitución Política”*⁶⁰

Al respecto el doctor José Luís Benavides en el artículo **“La justificación de los recursos administrativos”** publicado en la Revista Derecho del Estado, indica al respecto de este tema: “En primer lugar, el privilegio de la revisión previa también se manifiesta en la congruencia que debe existir entre los argumentos expuestos para la impugnación del acto, en vía gubernativa, y los posteriores alegados en la sede judicial. El Consejo de Estado concibe que el debido proceso, a favor de la administración, impone al recurrente preservar en el proceso contencioso la misma línea de crítica que expuso en la revisión del acto en sede gubernativa (C.E., secc. I, sent. 11/10/06, rad. 3697; secc. II-B, sent. 21/05/09, rad. 4073-05). El privilegio de la revisión previa encuentra aquí una manifestación evidente, que pone de presente a cabalidad la condición de requisito de procedibilidad de la acción contenciosa, dada a la vía gubernativa.

Sobre este punto, son múltiples los pronunciamiento del Consejo de Estado que pueden traerse a colación, entre ellos:

“...no solo el uso de los recursos agota la vía gubernativa, pues la Ley ha consagrado algunos modos de impugnar que cumplen el mismo cometido.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección B, sentencia del nueve (09) de junio de 2009. M.P.: Jesús María Lemos Bustamante, exp.: 2270-04.

⁶⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-000-2009-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 112 de 164	

ACTA DE REUNION

*En todo caso, **para que se cumpla este requisito de procedibilidad, resulta necesario que el administrado exprese con claridad el objeto de su reclamación o los motivos de su inconformidad, según el caso, pues lo que se busca con dicha exigencia es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente ante la administración.** No quiere ello decir que sea imposible exponer ante la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión invocada en sede administrativa, siempre que no se cambie el objeto de la petición. Así las cosas la persona que acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para interponer una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, podrá incluir nuevos argumentos y fundamentos de hecho y de derecho a los cuales no hizo mención al interponer los respectivos recursos en la vía gubernativa. Lo que no le es dable al demandante es incluir pretensiones distintas a las que adujo en sede administrativa o variar sustancialmente la reclamación^{61, 62} (Subraya fuera del texto en cita).*

Igualmente, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-792 de 2006, siendo Magistrado Ponente el Dr. Rodrigo Escobar Gil, de fecha 20/09/2006, se ha pronunciado al respecto indicando que:

La necesidad de agotar la vía gubernativa como presupuesto para acudir a la jurisdicción constituye un privilegio de la Administración, derivado del principio de autotutela administrativa y por virtud del cual debe brindarse a los entes públicos la oportunidad de pronunciarse sobre sus propios actos antes de que las controversias que hayan surgido en torno a ellos sean planteadas ante los tribunales.

Es tan cierta esta ausencia de reclamación administrativa que permita a la administración pronunciarse acerca de la pretensión de reliquidación deprecada, que el acto administrativo cuya nulidad PARCIAL demanda el Señor Apoderado, corresponden a la Resolución mediante las cuales se reconoció la cesantía parcial, a la docente RUTH CONSTANZA OSORIO TIRIA, renunció a términos de ejecutoria, en consecuencia, en una nómina de más de seis mil docente, muchos de ellos como en el presente incorporados a la planta de personal departamental por disposición de la Ley 715 de 2001, habiendo sido afiliados al FOMAG por sus empleadores iniciales, cómo puede pretenderse válidamente llevarse a juicio sin habersele dado la oportunidad de conocer en instancia previa de esta reclamación.

Nada manifiesta la Convocante acerca de que ya se le habían reconocido cesantías parciales por la suma de \$30.459.132.00, las cuales fueron recibidas sin que nada se hubiera objetado respecto al régimen de liquidación de las mismas. Así las cosas, no conoció esta Administración de las pretensiones de la Convocante sino con el escrito de Conciliación que nos ocupa, vulnerándose así el “privilegio de decisión previa” dispuesto por la ley a su favor, lo que generará una INEPTA

⁶¹ Así lo ha considerado el Consejo de Estado v.gr, en sentencia de la Sala plena de lo Contencioso Administrativo, de 6 de agosto de 2006, C.P. Clara Forero de Castro. Expediente S-145. Actor: Financiera Colpatria.

⁶² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-0000689-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 113 de 164	

ACTA DE REUNION

DEMANDA al momento en que la Jurisdicción Administrativa conozca del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

COMPENSACIÓN.

La Convocante solicita el pago retroactivo de sus cesantías, es decir, que como funcionaria con régimen anualizado de cesantías ha venido percibiendo del FOMAG el pago de intereses a las cesantías, valores estos que deberán ser **compensados a favor de la Entidad** en caso de que éstas sean vencidas en juicio, pues el poder adquisitivo de la prestación social estará dado por la liquidación de las mismas con base en el salario devengado en el último año de servicios.

La compensación como forma de novación de las obligaciones está definida en el artículo 1714 del Código Civil colombiano, y opera cuando dos personas son deudoras una de otra.

En virtud de una protección legítima del erario público, debe presentarse esta excepción buscando que se compensen las sumas pagadas y recibidas por la accionante por concepto de intereses a las cesantías, con las que llegare a pagarse por concepto de reliquidación con retroactividad de la prestación social deprecada.

RECOMENDACIÓN: En criterio de esta abogada el DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER y conforme a los argumentos jurídicos antes expuestos, no está llamado a conciliar respecto de las pretensiones de la Conciliación Prejudicial que nos ocupa, como se ha indicado en apartes anteriores.

OIDO Y ANALIZADO TODO LO EXPUESTO POR LA DOCTORA SONIA YURLEY RUIZ RIVEROS, ABOGADA EXTERNA DE LA SECRETRIA DE EDUCACION, LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DECIDEN POR UNANIMIDAD DE NO LLEGAR A NINGUN ACUERDO CONCILIATORIO.

17. **Concepto**
emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: VIANEY BAUTISTA GELVEZ, abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO

Toma la palabra la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, el cual expone lo siguiente:

CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL	
Convocante (s)	VIANEY BAUTISTA GELVES, Rad. 2017-840-

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 114 de 164	

ACTA DE REUNION

Apoderado: : FRANCY CLARENA SANABRIA PRADA	083971-2 DEL 14/03/2017
Convocados	NACION – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MIN EDUCACION – DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER (Tercero interesado)

FECHA DE COMITÉ:

FECHA AUDIENCIA:

RESPONSABILIDAD DE LA FICHA Y APODERADO: Abogado. Sonia Yurley Ruiz R.

CUANTÍA:	\$ 30.458.368.00
-----------------	-------------------------

HECHOS MATERIA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL

La Convocante ha prestados sus servicios de manera ininterrumpida al DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER, desde su nombramiento producido el 18 de Abril de 1995 y hasta la fecha de solicitud de la prestación como docente.

La docente presentó ante la Secretaría de Educación del Departamento Norte de Santander-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales, expidiéndose para estos efectos la Resolución No.0122 del 18 de Enero de 2017. Aduce la Apoderada que a pesar de la fecha de vinculación de su mandante las entidades demandadas aplicaron a efectos de liquidar sus Cesantías Parciales el régimen contemplado en el literal b) numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y no el contemplado en la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996 que consagran su pago en forma retroactiva y demás normas concordantes y complementarias.

Indica la Apoderada de la Convocante, que las entidades demandadas no entendieron que la Ley 91 de 1989 mantuvo intacto el régimen de liquidación de cesantías de los docentes territoriales, el cual fue respetado por la Ley 4 de 1992, Ley 60 de 1993 (artículo 6º inciso cuarto, donde se dispone 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). Por su parte la Ley 115 de 1994 en los artículos 115 y 176 que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y dicha ley,

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 115 de 164	

ACTA DE REUNION

sin que en ningún caso se puede desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.

Cita igualmente la Apoderada de la Convocante que el Decreto 196 de 1995, artículo 5º mantuvo el respeto a los derechos adquiridos, así:

*Docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios. Los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. **A estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tengan al momento de la incorporación y no se les podrá imponer renunciaciones o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto.***

Para el nivel territorial el cambio en el régimen de liquidación de cesantías está dado por la Ley 344 de 1996, que en su Artículo 13º dispuso: “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

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

La norma anterior es reglamentada a través del Decreto 1582 de 1998, que en su Artículo 1º ordena .- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

Concluye la Apoderada conforme al marco normativo anterior, que hasta el 31 de diciembre de 1996 el Legislador previó la existencia del régimen retroactivo de cesantías para los empleados públicos del orden territorial, como quiera que con posterioridad a dicha fecha – 1º de enero de 1997- surge un nuevo esquema de liquidación de prestaciones sociales para estos empleados públicos territoriales , imponiéndose la liquidación anualizada; pero aquellos docentes vinculados con anterioridad a dicha normativa conservarán el régimen retroactivo de liquidación, es decir, con el último salario devengado se liquida sobre la totalidad del tiempo de servicio.

PRETENSIONES:

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 116 de 164	

ACTA DE REUNION

86. Se declare la nulidad parcial de la Resolución No.0122 del 18 de Enero de 2017, expedida por la Dra. MARIA FABIOLA CACERES PEÑA, Secretaria de Educación, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de cesantías parciales a su mandante VIANEY BAUTISTA GELVES.
87. Se declare que la docente VIANEY BAUTISTA GELVES, tiene derecho a que la Nación (MEN) le reconozca a través del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO las cesantías parciales de manera retroactiva, tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente 18 de Abril de 1995 y liquidada sobre el último salario devengado a la fecha de la presentación de la prestación, 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.
88. Se declare que la docente VIANEY BAUTISTA GELVES, tiene derecho a que la Nación (MEN - FOMAG) liquide, reconozca y pague sus cesantías retroactivas, conforme a la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1945, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996, que consagran su pago en forma retroactiva.

Que como consecuencia de lo anterior, condenase a la NACIÓN (Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) a pagar:

1. Condenar a la Nación (MEN - FOMAG) a pagar el valor de \$ 30.458.368.00 que resulta entre la diferencia de la cantidad efectivamente reconocida en los anticipos e interese de cesantías ya canceladas desde el 18 de abril de 1995 momento de su vinculación a la docencia oficial.
2. Condenar a la NACIÓN (Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) a pagar el mayor valor que resulte de la cesantía retroactiva debidamente liquidada, contado desde el momento en que la entidad efectuó el reconocimiento y pago de la diferencia que mi representada se encuentra cobrando.
3. Ordenar a la entidad demandada a que dé cumplimiento al fallo conforme a lo dispuesto en el párrafo 2° del artículo 192 y numerales 1,2 y 3 del artículo 195 de la ley 1437 del 2011.
4. Condenar a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se incorporen los ajustes de valor conforme al índice de precios al consumidor, según lo estipulado en el último párrafo del artículo 187 de la ley 1437 del 2011.
5. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, sobre las sumas adeudadas a mi mandante, conforme en lo dispuesto en el párrafo 3° del artículo 192 y numeral 4 del artículo 195 de la ley 1437 del 2011.
6. Condenar en costas a la entidad demandada conforme a lo estipulado en el artículo 188 de la ley 1437 del 2011.
7. En consecuencia sírvase señor Procurador, instar a la parte convocada con el fin de que presenten una propuesta de acuerdo a las anteriores pretensiones.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 117 de 164	

ACTA DE REUNION

ANÁLISIS Y CONCEPTO
<p>CUESTION PREVIA:</p> <p>Debe advertir inicialmente la suscrita abogada que si bien el Departamento está llamado en la presente Conciliación como tercero interesado, ya que el Señor Apoderado presenta como Convocados principales la NACION – MEN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, no es cierto que la Entidad Territorial Certificada deba acudir a la conciliación y menos aún a la demanda como un tercero con interés, toda vez que el FOMAG actúa en el pago de la prestación social cuya reliquidación se pretende, como un simple administrador de recursos, y en consecuencia de ser viables las pretensiones de la Convocante, el mayor valor que resulte de reliquidar las cesantías bajo el régimen retroactivo, deberá ser PAGADO POR EL DEPARTAMENTO al FOMAG, siendo en consecuencia el Ente Territorial actor principal en la presente reclamación.</p> <p>Ahora bien, ya frente a la reclamación que nos ocupa, los argumentos de la defensa están dados por los siguientes medios exceptivos que se consideran pueden tener prosperidad en vía judicial:</p> <p>30. <u>Inexistencia del Derecho</u></p> <p>Conforme a lo manifestado por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en sentencia del 29 de septiembre de 2016, siendo Magistrado Ponente el Dr. Carlos Mario Peña Díaz, proferida dentro del radicado 54-001-23-33-000-2015-00110-00, actor: Armando Granados Duarte, demandados: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento Norte de Santander – Municipio de San José de Cúcuta:</p> <p style="padding-left: 40px;">En este punto, a criterio de la Sala, la Ley 91 de 1989 constituye el régimen legal especial en lo que respecta al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales de los docentes con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin distinción alguna. En efecto, en materia de cesantías la aludida ley establece que los docentes nacionalizados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 recibirían un auxilio de cesantía consistente en un mes de salario por cada año de servicio sobre el último salario devengado, es decir, que tales docentes conservan el régimen retroactivo, mientras que a los docentes del orden nacional y a los vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, se les liquida el auxilio de cesantía anualmente sin retroactividad, a la vez que se les cancela un interés anual sobre el saldo de las cesantías existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.</p> <p>La Corte Constitucional sobre el régimen especial de liquidación de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en sentencia C-928 del 8 de noviembre de 2006, con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto, expuso lo siguiente:</p> <p style="padding-left: 40px;">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^[1], mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con</p>

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 118 de 164	

ACTA DE REUNION

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.

(...)

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.

Lo anterior permite concluir, que tanto a los docentes nacionales y nacionalizados, docentes Departamentales, Distritales y Municipales financiados o cofinanciados por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales, se les aplica la Ley 91 de 1989 la cual estableció el régimen de cesantías a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 con el sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Tal planteamiento fue adoptado por el Consejo de Estado en sentencia del 9 de julio de 2009, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, dentro del proceso radicado con el número 76001-23-31-000-2004-01655-01 (0672-07), donde se indicó:

Al quedar establecido que el actor inició sus labores como docente al Municipio de Salazar de las Palmas, en el año de 1995, esto es, con posterioridad a la fecha señalada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (1º de enero de 1990), el pago de sus cesantías no debía efectuarse con carácter retroactivo sino que, conforme señala la norma en mención, “se reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad”.

De esta forma concluye el Tribunal, que el régimen de cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, será el anualizado, no existiendo en consecuencia lugar a la viabilidad de las pretensiones aquí consignadas.

31. INEPTA DEMANDA POR FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITIS CONSORCIO NECESARIO.

La señora VIANEY BAUTISTA GELVES, fue vinculada como docente oficial por nombramiento

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 119 de 164	

ACTA DE REUNION

contenido en el Decreto 042 de 1995 del Municipio de Arboledas y posesionada ante el alcalde municipal, el 18 de Abril de 1995, es decir, que su vinculación corresponde a la DOCENTE MUNICIPAL FINANCIADA CON RECURSOS PROPIOS.

A la entrada en vigencia de la Ley 715 de 2001, el Departamento como Entidad Certificada en el Sector Educación debió asumir la prestación del servicio educativo respecto de los 39 municipios no certificados de su jurisdicción, entre los que se encuentra el Municipio de Arboledas. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 17 ibídem, el Departamento debió incorporar a su planta de personal para pago con recursos del Sistema General de Participaciones, a los docentes de los municipios no certificados. Para el caso específico del Municipio de Salazar de las Palmas, sus docentes con vinculación municipal fueron incorporados al Departamento en el año 2003, dentro de los cuales se encuentra la hoy convocante VIANEY BAUTISTA GELVES.

Según la información que reposa en la dependencia educativa, la docente VIANEY BAUTISTA GELVES, fue afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el 27 de septiembre de 2000, lo que significa que su afiliación y el régimen de liquidación de cesantías que le correspondía fue llevado a cabo por el Municipio de Arboledas, su inicial empleador, quien en el evento de prosperidad de la acción le correspondería concurrir con los recursos de la retroactividad de la liquidación de cesantías por el período comprendido desde su nombramiento hasta la fecha en que fue incorporada a la planta del Departamento.

De esta forma, debe el Municipio de Arboledas, en su condición de empleador inicial concurrir a esta diligencia y a la demanda posterior, pues deberá él responder por la retroactividad de las cesantías deprecadas por el lapso durante el cual la docente VIANEY BAUTISTA GELVES, ostentó la condición de docente municipal, ya que fue él quien al afiliarla al FOMAG no informó al mismo acerca de cuál régimen de liquidación correspondía a la docente.

Esta indebida integración del litis consorcio deberá verse reflejada en el proceso judicial respectivo en medio exceptivo de INEPTA DEMANDA POR INDEBIDA INTEGRACIÓN DEL LITIS CONSORCIO NECESARIO, figura que al no encontrarse normada en el CPACA, será el ordenamiento de Procedimiento Civil el aplicable por remisión del artículo 306 ídem.. El artículo 61 del Código General del Proceso determina que se está frente al litis consorcio necesario, cuando la cuestión litigiosa haya de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes, es decir, cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales o por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos acto (arts. 61 y 90 C. P. C.).

Debe igualmente indicarse, que para el cambio del régimen de cesantías de un docente afiliado al FOMAG, debe la entidad que lo afilió proceder a realizar el cambio de régimen, debiéndose en consecuencia consultar a dicho FONDO el procedimiento que legalmente debe acometer la

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO	ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS	Página 120 de 164	

ACTA DE REUNION

Entidad para mutar el régimen de liquidación de cesantías.

32. Inepta demanda por no haberse obtenido previamente decisión de la Administración – “privilegio previo de la administración”

De la simple lectura de la solicitud y del análisis de los documentos adjuntos a la misma se tiene que ni la Convocante ni su Apoderado han presentado similar reclamación a la que ahora nos ocupa ante esta Administración a fin de obtener un pronunciamiento previo sobre las reliquidaciones que pretende sean ordenadas judicialmente, asumiendo que con la Conciliación Prejudicial se agotan los requisitos de procedibilidad previstos en la ley procesal para accionar ante la Jurisdicción Administrativa, pues conforme se cita en el escrito de conciliación, al únicamente proceder el recurso de reposición contra el acto administrativo de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, éste no es obligatorio.

No obstante lo anterior, observa esta abogada, que conforme a lo normado en el artículo 161 núm. 2 del C.P.A.C.A. *“cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios”*. Si bien es cierto esta disposición se refiere a la interposición de los recursos ordinarios previstos en la ley procesal, efectivamente no aplicable en el presente caso pues respecto de los actos atacados solo procede el recursos de reposición no obligatorio; no es menos cierto, que a partir de la misma y con base en el denominado *“privilegio de la decisión previa”*, es necesario que la accionante haya obtenido el pronunciamiento previo de la administración, respecto de los derechos que pretende reclamar ante la jurisdicción, como quiera que *“la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez”*.⁶³

Lo anterior, es catalogado doctrinaria y jurisprudencialmente como un privilegio a favor de la administración, por cuanto le permite pensar o reconsiderar la decisión que se pide o impugna; y como una garantía para el administrado, en tanto que mediante su gestión podrá convencer a la administración y evitarse así un pleito, aplicando *“principios de economía, celeridad y eficacia, los cuales orientan las actuaciones administrativas tal como lo ordenan los artículos 209 de la Constitución Política”*⁶⁴

Al respecto el doctor José Luís Benavides en el artículo **“La justificación de los recursos administrativos”** publicado en la Revista Derecho del Estado, indica al respecto de este tema: “En primer lugar, el privilegio de la revisión previa también se manifiesta en la congruencia que debe existir entre los argumentos expuestos para la impugnación del acto, en vía gubernativa, y los

⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección B, sentencia del nueve (09) de junio de 2009, M.P.: Jesús María Lemos Bustamante, exp.: 2270-04.

⁶⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-000-2009-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 121 de 164	

ACTA DE REUNION

posteriores alegados en la sede judicial. El Consejo de Estado concibe que el debido proceso, a favor de la administración, impone al recurrente preservar en el proceso contencioso la misma línea de crítica que expuso en la revisión del acto en sede gubernativa (C.E., secc. I, sent. 11/10/06, rad. 3697; secc. II-B, sent. 21/05/09, rad. 4073-05). El privilegio de la revisión previa encuentra aquí una manifestación evidente, que pone de presente a cabalidad la condición de requisito de procedibilidad de la acción contenciosa, dada a la vía gubernativa.

Sobre este punto, son múltiples los pronunciamiento del Consejo de Estado que pueden traerse a colación, entre ellos:

“...no solo el uso de los recursos agota la vía gubernativa, pues la Ley ha consagrado algunos modos de impugnar que cumplen el mismo cometido.

*En todo caso, **para que se cumpla este requisito de procedibilidad, resulta necesario que el administrado exprese con claridad el objeto de su reclamación o los motivos de su inconformidad, según el caso, pues lo que se busca con dicha exigencia es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente ante la administración.** No quiere ello decir que sea imposible exponer ante la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión invocada en sede administrativa, siempre que no se cambie el objeto de la petición. **Así las cosas la persona que acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para interponer una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, podrá incluir nuevos argumentos y fundamentos de hecho y de derecho a los cuales no hizo mención al interponer los respectivos recursos en la vía gubernativa. Lo que no le es dable al demandante es incluir pretensiones distintas a las que adujo en sede administrativa o variar sustancialmente la reclamación⁶⁵.⁶⁶** (Subraya fuera del texto en cita).*

Igualmente, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-792 de 2006, siendo Magistrado Ponente el Dr. Rodrigo Escobar Gil, de fecha 20/09/2006, se ha pronunciado al respecto indicando que:

La necesidad de agotar la vía gubernativa como presupuesto para acudir a la jurisdicción constituye un privilegio de la Administración, derivado del principio de autotutela administrativa y por virtud del cual debe brindarse a los entes públicos la oportunidad de pronunciarse sobre sus propios actos antes de que las controversias que hayan surgido en torno a ellos sean planteadas ante los tribunales.

Es tan cierta esta ausencia de reclamación administrativa que permita a la administración

⁶⁵ Así lo ha considerado el Consejo de Estado v.gr, en sentencia de la Sala plena de lo Contencioso Administrativo, de 6 de agosto C.P. Clara Forero de Castro. Expediente S-145. Actor: Financiera Colpatría.

⁶⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-000689-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 122 de 164	

ACTA DE REUNION

pronunciarse acerca de la pretensión de reliquidación deprecada, que el acto administrativo cuya nulidad PARCIAL demanda el Señor Apoderado, corresponden a la Resolución mediante las cuales se reconoció la cesantía parcial, a la docente VIANEY BAUTISTA GELVES, renunció a términos de ejecutoria, en consecuencia, en una nómina de más de seis mil docente, muchos de ellos como en el presente incorporados a la planta de personal departamental por disposición de la Ley 715 de 2001, habiendo sido afiliados al FOMAG por sus empleadores iniciales, cómo puede pretenderse válidamente llevarse a juicio sin haberse dado la oportunidad de conocer en instancia previa de esta reclamación.

Nada manifiesta la Convocante acerca de que ya se le habían reconocido cesantías parciales por la suma de \$31.042.312.00, las cuales fueron recibidas sin que nada se hubiera objetado respecto al régimen de liquidación de las mismas. Así las cosas, no conoció esta Administración de las pretensiones de la Convocante sino con el escrito de Conciliación que nos ocupa, vulnerándose así el “privilegio de decisión previa” dispuesto por la ley a su favor, lo que generará una INEPTA DEMANDA al momento en que la Jurisdicción Administrativa conozca del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

COMPENSACIÓN.

La Convocante solicita el pago retroactivo de sus cesantías, es decir, que como funcionaria con régimen anualizado de cesantías ha venido percibiendo del FOMAG el pago de intereses a las cesantías, valores estos que deberán ser **compensados a favor de la Entidad** en caso de que éstas sean vencidas en juicio, pues el poder adquisitivo de la prestación social estará dado por la liquidación de las mismas con base en el salario devengado en el último año de servicios.

La compensación como forma de novación de las obligaciones está definida en el artículo 1714 del Código Civil colombiano, y opera cuando dos personas son deudoras una de otra.

En virtud de una protección legítima del erario público, debe presentarse esta excepción buscando que se compensen las sumas pagadas y recibidas por la accionante por concepto de intereses a las cesantías, con las que llegare a pagarse por concepto de reliquidación con retroactividad de la prestación social deprecada.

RECOMENDACIÓN: En criterio de esta abogada el DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER y conforme a los argumentos jurídicos antes expuestos, no está llamado a conciliar respecto de las pretensiones de la Conciliación Prejudicial que nos ocupa, como se ha indicado en apartes anteriores.

OIDO Y ANALIZADO TODO LO EXPUESTO POR LA DOCTORA SONIA YURLEY RUIZ RIVEROS, ABOGADA EXTERNA DE LA SECRETRIA DE EDUCACION, LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DECIDEN POR UNANIMIDAD DE NO LLEGAR A NINGUN ACUERDO CONCILIATORIO.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 123 de 164	

ACTA DE REUNION

18.	<p style="text-align: right;">Concepto</p> <p>emitido por la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: AMAPARO SUAREZ BECERRA abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO</p>	
<p>Toma la palabra la doctora Sonia Yurley Ruiz Riveros, abogada externa de la secretaria de Educacion, el cual expone lo siguiente:</p>		
CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL		
Convocante (s)	AMPARO SUAREZ BARRERA, 2017-840-083765-2 DEL 13/03/2017	
Apoderado: YOBANY LOPEZ QUINTERO		
Convocados	NACION – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MIN EDUCACION – DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER (Tercero interesado)	
FECHA DE COMITÉ:		
FECHA AUDIENCIA:		
RESPONSABILIDAD DE LA FICHA Y APODERADO: Abogado. Sonia Yurley Ruiz R.		
CUANTÍA:	\$33.040.338.oo	
HECHOS MATERIA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL		
<p>La Convocante ha prestado sus servicios de manera ininterrumpida al Departamento Norte de Santander desde su nombramiento producido el 07 de marzo de 1995 y hasta la fecha de solicitud de la prestación como docente.</p> <p>La docente presentó ante la Secretaría de Educación solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales, expidiéndose para estos efectos la Resolución No. 0645 del 18 de Octubre de 2016. Aduce el Señor Apoderado que a pesar de la fecha de vinculación de su mandante las entidades demandadas aplicaron a efectos de liquidar sus Cesantías Parciales el régimen contemplado en el literal b) numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y no el contemplado en la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de</p>		

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 124 de 164	

ACTA DE REUNION

1996 que consagran su pago en forma retroactiva y demás normas concordantes y complementarias.

Indica el Apoderado de la Convocante, que las entidades demandadas no entendieron que la Ley 91 de 1989 mantuvo intacto el régimen de liquidación de cesantías de los docentes territoriales, el cual fue respetado por la Ley 4 de 1992, Ley 60 de 1993 (artículo 6º inciso cuarto, donde se dispone 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). Por su parte la Ley 115 de 1994 en los artículos 115 y 176 que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y dicha ley, sin que en ningún caso se puede desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.

Cita igualmente el Apoderado de la Convocante que el Decreto 196 de 1995, artículo 5º mantuvo el respeto a los derechos adquiridos, así:

*Docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios. Los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. **A estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tengan al momento de la incorporación y no se les podrá imponer renunciaciones o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto.***

Para el nivel territorial el cambio en el régimen de liquidación de cesantías está dado por la Ley 344 de 1996, que en su Artículo 13º dispuso: “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

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

La norma anterior es reglamentada a través del Decreto 1582 de 1998, que en su Artículo 1º ordena .- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 125 de 164	

ACTA DE REUNION

Concluye el Apoderado conforme al marco normativo anterior, que hasta el 31 de diciembre de 1996 el Legislador previó la existencia del régimen retroactivo de cesantías para los empleados públicos del orden territorial, como quiera que con posterioridad a dicha fecha – 1º de enero de 1997- surge un nuevo esquema de liquidación de prestaciones sociales para estos empleados públicos territoriales , imponiéndose la liquidación anualizada; pero aquellos docentes vinculados con anterioridad a dicha normativa conservarán el régimen retroactivo de liquidación, es decir, con el último salario devengado se liquida sobre la totalidad del tiempo de servicio.

PRETENSIONES:

89. Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0645 del 18 de Octubre de 2016, expedida por INDIRA YAZMIN PEREZ PEREZ SECRETARIA DE DESPACHO AREA EDUCATIVA, por la cual se reconoció y ordenó el pago de una CESANTIA PARCIAL a su mandante, docente AMPARO SUAREZ BARRERA.
90. Se declare que la docente AMPARO SUAREZ BARRERA, tiene derecho a que la Nación (MEN) le reconozca y pague a través del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO las cesantías parciales de manera retroactiva, tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente 07 de marzo de 1995, mediante Decreto 000202 de 1995, y liquidada sobre el último salario devengado a la fecha de la presentación de la prestación, con la totalidad de los factores salariales de conformidad con la ley 6ª 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 de forma retroactiva.
91. Se declare que la docente AMPARO SUAREZ BARRERA, tiene derecho a que la Nación (MEN - FOMAG) liquide, reconozca y pague sus cesantías retroactivas, conforme a la Ley 6 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1945, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996, que consagran su pago en forma retroactiva.
92. Condenar a la Nación (MEN - FOMAG) a pagar el mayor valor que resulte de la cesantía retroactiva debidamente liquidada, por la suma de \$33.040.338.00, que resulta entre la diferencia de la cantidad efectivamente reconocida conforme a la Resolución No. 0645 del 18 de Octubre de 2016, equivalente a \$30.801.829.00, con el resultante de la reliquidación por concepto de la CESANTIA PARCIAL retroactiva debidamente liquidada, desde el 07 de marzo de 1995, momento de su vinculación a la docencia oficial, es decir la suma de \$70.660.006.00.
93. Condenar a la Nación (MEN - FOMAG) a pagar el mayor valor que resulte de la cesantía retroactiva debidamente liquidada, contado desde el momento en que la entidad efectuó el reconocimiento y pago de la diferencia que mi representado se encuentra cobrando.
94. Condenar a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, según lo estipulado en el último párrafo del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.
95. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, sobre las sumas adeudadas a mi mandante, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3º del

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 126 de 164	

ACTA DE REUNION

artículo 192 y numeral 4º del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.

ANÁLISIS Y CONCEPTO

CUESTION PREVIA:

33. Inexistencia del Derecho

Conforme a lo manifestado por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en sentencia del 29 de septiembre de 2016, siendo Magistrado Ponente el Dr. Carlos Mario Peña Díaz, proferida dentro del radicado 54-001-23-33-000-2015-00110-00, actor: Armando Granados Duarte, demandados: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento Norte de Santander – Municipio de Cúcuta:

En este punto, a criterio de la Sala, la Ley 91 de 1989 constituye el régimen legal especial en lo que respecta al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales de los docentes con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin distinción alguna. En efecto, en materia de cesantías la aludida ley establece que los docentes nacionalizados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 recibirían un auxilio de cesantía consistente en un mes de salario por cada año de servicio sobre el último salario devengado, es decir, que tales docentes conservan el régimen retroactivo, mientras que a los docentes del orden nacional y a los vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, se les liquida el auxilio de cesantía anualmente sin retroactividad, a la vez que se les cancela un interés anual sobre el saldo de las cesantías existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

La Corte Constitucional sobre el régimen especial de liquidación de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en sentencia C-928 del 8 de noviembre de 2006, con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto, expuso 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^[1], 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.

(...)

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;

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 127 de 164	

ACTA DE REUNION

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.

Lo anterior permite concluir, que tanto a los docentes nacionales y nacionalizados, docentes Departamentales, Distritales y Municipales financiados o cofinanciados por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales, se les aplica la Ley 91 de 1989 la cual estableció el régimen de cesantías a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 con el sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Tal planteamiento fue adoptado por el Consejo de Estado en sentencia del 9 de julio de 2009, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, dentro del proceso radicado con el número 76001-23-31-000-2004-01655-01 (0672-07), donde se indicó:

Al quedar establecido que la actora inició sus labores como docente al Municipio de Obando en el año de 1995, esto es, con posterioridad a la fecha señalada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (1º de enero de 1990), el pago de sus cesantías no debía efectuarse con carácter retroactivo sino que, conforme señala la norma en mención, “se reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad”.

De esta forma concluye el Tribunal, que el régimen de cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, será el anualizado, no existiendo en consecuencia lugar a la viabilidad de las pretensiones aquí consignadas.

34. Inepta demanda por no haberse obtenido previamente decisión de la Administración – “privilegio previo de la administración”

De la simple lectura de la solicitud y del análisis de los documentos adjuntos a la misma se tiene que ni la Convocante ni su Apoderado han presentado similar reclamación a la que ahora nos ocupa ante esta Administración a fin de obtener un pronunciamiento previo sobre las reliquidaciones que pretende sean ordenadas judicialmente, asumiendo que con la Conciliación Prejudicial se agotan los requisitos de procedibilidad previstos en la ley procesal para accionar ante la Jurisdicción Administrativa, pues conforme se cita en el escrito de conciliación, al únicamente proceder el recurso de reposición contra el acto administrativo de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, éste no es obligatorio.

No obstante lo anterior, observa esta abogada, que conforme a lo normado en el artículo 161 núm. 2 del C.P.A.C.A. “cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 128 de 164	

ACTA DE REUNION

haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios". Si bien es cierto esta disposición se refiere a la interposición de los recursos ordinarios previstos en la ley procesal, efectivamente no aplicable en el presente caso pues respecto de los actos atacados solo procede el recursos de reposición no obligatorio; no es menos cierto, que a partir de la misma y con base en el denominado "privilegio de la decisión previa", es necesario que el accionante haya obtenido el pronunciamiento previo de la administración, respecto de los derechos que pretende reclamar ante la jurisdicción, como quiera que "la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez".⁶⁷

Lo anterior, es catalogado doctrinaria y jurisprudencialmente como un privilegio a favor de la administración, por cuanto le permite pensar o reconsiderar la decisión que se pide o impugna; y como una garantía para el administrado, en tanto que mediante su gestión podrá convencer a la administración y evitarse así un pleito, aplicando "*principios de economía, celeridad y eficacia, los cuales orientan las actuaciones administrativas tal como lo ordenan los artículos 209 de la Constitución Política*"⁶⁸

Al respecto el doctor José Luís Benavides en el artículo "**La justificación de los recursos administrativos**" publicado en la Revista Derecho del Estado, indica al respecto de este tema: "En primer lugar, el privilegio de la revisión previa también se manifiesta en la congruencia que debe existir entre los argumentos expuestos para la impugnación del acto, en vía gubernativa, y los posteriores alegados en la sede judicial. El Consejo de Estado concibe que el debido proceso, a favor de la administración, impone al recurrente preservar en el proceso contencioso la misma línea de crítica que expuso en la revisión del acto en sede gubernativa (C.E., secc. I, sent. 11/10/06, rad. 3697; secc. II-B, sent. 21/05/09, rad. 4073-05). El privilegio de la revisión previa encuentra aquí una manifestación evidente, que pone de presente a cabalidad la condición de requisito de procedibilidad de la acción contenciosa, dada a la vía gubernativa.

Sobre este punto, son múltiples los pronunciamiento del Consejo de Estado que pueden traerse a colación, entre ellos:

"...no solo el uso de los recursos agota la vía gubernativa, pues la Ley ha consagrado algunos modos de impugnar que cumplen el mismo cometido.

En todo caso, para que se cumpla este requisito de procedibilidad, resulta necesario que el administrado exprese con claridad el objeto de su reclamación o los motivos de su inconformidad, según el caso, pues lo que se busca con dicha exigencia es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección B, sentencia del nueve (09) de junio de 2009. M.P.: Jesús María Lemos Bustamante, exp.: 2270-04.

⁶⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-000-2009-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 129 de 164	

ACTA DE REUNION

previamente ante la administración. *No quiere ello decir que sea imposible exponer ante la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión invocada en sede administrativa, siempre que no se cambie el objeto de la petición. Así las cosas la persona que acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para interponer una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, podrá incluir nuevos argumentos y fundamentos de hecho y de derecho a los cuales no hizo mención al interponer los respectivos recursos en la vía gubernativa. Lo que no le es dable al demandante es incluir pretensiones distintas a las que adujo en sede administrativa o variar sustancialmente la reclamación⁶⁹.⁷⁰* (Subraya fuera del texto en cita).

Igualmente, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-792 de 2006, siendo Magistrado Ponente el Dr. Rodrigo Escobar Gil, de fecha 20/09/2006, se ha pronunciado al respecto indicando que:

La necesidad de agotar la vía gubernativa como presupuesto para acudir a la jurisdicción constituye un privilegio de la Administración, derivado del principio de autotutela administrativa y por virtud del cual debe brindarse a los entes públicos la oportunidad de pronunciarse sobre sus propios actos antes de que las controversias que hayan surgido en torno a ellos sean planteadas ante los tribunales.

Es tan cierta esta ausencia de reclamación administrativa que permita a la administración pronunciarse acerca de la pretensión de reliquidación deprecada, que los actos administrativos cuya nulidad PARCIAL demanda el Señor Apoderado, corresponde a la Resolución mediante la cual se le reconoció la cesantía parcial, quien renunció a términos de ejecutoria, en consecuencia, en una nómina de más de seis mil docente, muchos de ellos incorporados a la planta de personal departamental por disposición de la Ley 715 de 2001, cómo puede pretenderse válidamente llevarse a juicio sin habersele dado la oportunidad de conocer en instancia previa de esta reclamación, máxime cuando no ha sido ella quien ha expedido los mismos.

Nada dice la Convocante que ya había recibido un anticipo previo por la suma de \$30.801.829oo, sin que nada se dijera respecto al cambio de régimen de liquidación de cesantías que ahora peticiona. En consecuencia, no conoció esta Administración de las pretensiones de la Convocante sino con el escrito de Conciliación que nos ocupa, vulnerándose así el “privilegio de decisión previa” dispuesto por la ley a su favor, lo que generará una INEPTA DEMANDA al momento en que la Jurisdicción Administrativa conozca del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

COMPENSACIÓN.

La Convocante solicita el pago retroactivo de sus cesantías, es decir, que como funcionaria con

⁶⁹ Así lo ha considerado el Consejo de Estado v.gr, en sentencia de la Sala plena de lo Contencioso Administrativo, de 6 de agosto C.P. Clara Forero de Castro. Expediente S-145. Actor: Financiera Colpatría.

⁷⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejero ponente: HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-0000689-02(0880-10)

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 130 de 164	

ACTA DE REUNION

régimen anualizado de cesantías ha venido percibiendo del FOMAG el pago de intereses a las cesantías, valores estos que deberán ser **compensados a favor de la Entidad** en caso de que éstas sean vencidas en juicio, pues el poder adquisitivo de la prestación social estará dado por la liquidación de las mismas con base en el salario devengado en el último año de servicios.

La compensación como forma de novación de las obligaciones está definida en el artículo 1714 del Código Civil colombiano, y opera cuando dos personas son deudoras una de otra.

En virtud de una protección legítima del erario público, debe presentarse esta excepción buscando que se compensen las sumas pagadas y recibidas por la accionante por concepto de intereses a las cesantías, con las que llegare a pagarse por concepto de reliquidación con retroactividad de la prestación social deprecada.

RECOMENDACIÓN: En criterio de esta abogada el DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER y conforme a los argumentos jurídicos antes expuestos, no está llamado a conciliar respecto de las pretensiones de la Conciliación Prejudicial que nos ocupa, de conformidad con los criterios antes expuestos.

OIDO Y ANALIZADO TODO LO EXPUESTO POR LA DOCTORA SONIA YURLEY RUIZ RIVEROS, ABOGADA EXTERNA DE LA SECRETARIA DE EDUCACION, LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DECIDEN POR UNANIMIDAD DE NO LLEGAR A NINGUN ACUERDO CONCILIATORIO.

19. **Concepto**
emitido por la doctora Carmen Lucero Yáñez Rabelo, abogada externa de la secretaria de Educación, convocante: DORIS ACEVEDO BERMONTH abogado el doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO

Toma la palabra la doctora Carmen Lucero Yáñez Rabelo, abogada externa de la secretaria de Educación, el cual expone lo siguiente:

CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL	
Convocante (s)	DORIS ACEVEDO BERMON
Apoderado: VICTOR ALFONSO CARDOZO PEREZ	RADICADO. 081044 DEL 28/02/2017
Convocados	DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER- SECRETARIA DE EDUCACIÓN

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 131 de 164	

ACTA DE REUNION

FECHA DE COMITÉ:

FECHA AUDIENCIA:

RESPONSABILIDAD DE LA FICHA Y APODERADO: Abogado. Carmen Lucero Yáñez

CUANTÍA:	No se indica en el escrito de Convocatoria
-----------------	--

HECHOS MATERIA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL

La señora ACEVEDO BERMON, convivió con el señor JESUS ALBERTO SANCHEZ QUINTERO (q.e.p.d.) por más de seis años, docente que laboraba en la IE Lucio Pabón Núñez del municipio de Ocaña y quien falleciera el pasado 16/02/2016, según consta en el Registro Civil de Defunción No. 07094497.

Con ocasión del fallecimiento del señor SANCHEZ QUINTERO, la aquí Convocante en su condición de compañera permanente, presentó el 13/06/2016 solicitud de reconocimiento de pensión post-mortem.

La petición anterior es despachada desfavorablemente, toda vez que dentro del trámite de reclamación pensional post- mortem incoado por la Convocante, se hizo presente la señora MELBA CASTRO BAISTA, a través de apoderado, alegando su condición de cónyuge y representante legal de la menor Paula Andrea Sánchez Castro, razón por la cual y en virtud de la controversia presentada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 1204 de 2008, a espera que la jurisdicción correspondiente define a quien le asiste el derecho-

PRETENSIONES:

1. Se ordene la nulidad de lo resuelto mediante oficio radicado SAC2016PQR29391 del 13/10/2016, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago del 50% de la pensión post-mortem solicitada por la Convocante.
2. Como consecuencia de lo anterior, se ordene RECONOCER Y PAGAR a favor de la señora DORIS ACEVEDO BERMON, en calidad de compañera permanente del señor JESUS ALBERTO SANCHEZ QUINTERO (q.e.p.d.), las prestaciones económicas y/o sociales, causadas con ocasión del fallecimiento y deceso del citado causante.
3. Se reconozca y pague el 50% de la pensión post-mortem a la convocante, junto con los intereses legales, corrientes y moratorios, indemnizaciones, indexación, IPC. Indemnización moratoria, mesadas pensionales causadas, presentes y futuras, causadas con ocasión del fallecimiento y deceso del señor SANCHEZ QUINTERO.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 132 de 164	

ACTA DE REUNION

4. Se declare que el Departamento Norte de Santander – Secretaría de Educación Departamental son administrativamente responsables por expedir la Resolución que negó el reconocimiento del 50% de la pensión post-mortem a la convocante, junto con los intereses legales, corrientes y moratorios, indemnizaciones, indexación, IPC. Indemnización moratoria, mesadas pensionales causadas, presentes y futuras, causadas con ocasión del fallecimiento y deceso del señor SANCHEZ QUINTERO.
5. Que las sumas que resulten a favor de la peticionaria se cancelen con el ajuste de su valor y sobre el total de las mismas se apliquen los intereses respectivos, en caso de no cumplimiento de lo pactado de manera oportuna.

ACTOS CUYA NULIDAD PARCIAL SE DEPRECA:

Oficio radicado SAC2016PQR29391 del 13/10/2016, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago del 50% de la pensión post-mortem solicitada por la Convocante.

ANÁLISIS Y CONCEPTO

CUESTION PREVIA:

Los argumentos de la defensa en esta Solicitud de Conciliación Prejudicial están dados por los siguientes medios exceptivos que se consideran pueden tener prosperidad en vía judicial:

Indebida integración del litis consorcio necesario

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, el reconocimiento y pago de la prestación que se reclama corresponde al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, actuando el Departamento Norte de Santander en virtud de las facultades delegadas por la ley: Decreto 2831 de 2005 “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”, el cual en su artículo 3° establece el trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del referido Fondo:

*ARTÍCULO 3°. Gestión. a cargo de las secretarías de educación. **De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, 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. Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente deberá:***

Esta indebida integración del litis consorcio deberá verse reflejada en el proceso judicial respectivo en medio exceptivo de INEPTA DEMANDA POR INDEBIDA INTEGRACIÓN DEL LISTIS CONSORCIO NECESARIO, figura que al no encontrarse normada en el CPACA, será el

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 133 de 164	

ACTA DE REUNION

ordenamiento de Procedimiento Civil el aplicable por remisión expresa del artículo 306 ídem.. El artículo 61 del Código General del Proceso determina que se está frente al litis consorcio necesario, cuando la cuestión litigiosa haya de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes, es decir, cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales o por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos acto (arts. 61 y 90 C. P. C.).

Falta de legitimación material en la causa por pasiva del Departamento

Teniendo en cuenta la Entidades Públicas Convocadas en la diligencia que nos ocupa, y la naturaleza de las pretensiones del Convocante, el primer punto a dilucidar es el relacionado con la legitimación material en la causa por pasiva del Departamento, porque ésta legitimación es la que constituye el presupuesto material que permitirá tomar una decisión de fondo, conforme lo manifiesta el Dr. Carlos Betancur Jaramillo, en su obra *Derecho Procesal Administrativo*.⁷¹

Al respecto el Consejo de Estado, ha manifestado:

“...de conformidad con la jurisprudencia de la Corporación existen dos clases de falta de legitimación: la de hecho y la material. La primera hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el mismo en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal, mientras que la segunda da cuenta de la participación o vínculo que tienen las personas -siendo o no partes del proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda⁷². En este sentido, no siempre quien se encuentra legitimado de hecho tiene que necesariamente estarlo materialmente, en consideración a que si bien puede integrar una de las partes de la litis, ello no implica que frente a la ley tenga un interés jurídico sustancial en cuanto al conflicto. Al respecto, se ha establecido:

*Así pues, toda vez que la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante —legitimado en la causa de hecho por activa— y demandado —legitimado en la causa de hecho por pasiva— y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; **la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora***

⁷¹ Betancur Jaramillo, Beatriz. Derecho Procesal Administrativo. Séptima Edición. Señal Editora. Medellín 2008. Pág. 160.

⁷² “(...) la legitimación en la causa ha sido estudiada en la jurisprudencia y la doctrina y **para los juicios de cognición** desde dos puntos de vista: de **hecho y material**. Por la primera, legitimación de hecho en la causa, se entiende la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; es decir es una relación jurídica nacida de una conducta de formulación de la demanda, y de la notificación de ésta al demandado; quien cita a otro y le atribuye está legitimado de hecho y por activa, y a quien es citado está legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda. **En cambio la legitimación material en la causa** alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no. Es decir, todo legitimado de hecho no necesariamente será legitimado material, pues sólo están legitimados materialmente quienes participaron realmente en los hechos que le dieron origen a la formulación de la demanda” (resaltado del texto). Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de junio de 2004, exp. 19000-00000-00000-00000 (14452), actor: Reinaldo Posso García y otros, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 134 de 164	

ACTA DE REUNION

porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.

De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores.⁷³

17. En conclusión, la legitimación por pasiva de hecho, que se refiere a la potencialidad del demandado de ser parte dentro del proceso, constituye un requisito de procedibilidad de la demanda - en la medida en la que esta no puede dirigirse contra quien no es sujeto de derechos-, mientras que, la legitimación por pasiva material, constituye un requisito no ya para la procedibilidad de la acción, sino para la prosperidad de las pretensiones.”⁷⁴

Ante lo precedente debe indicarse que conforme a las normas que se citan a continuación, no le asiste LEGITIMACIÓN POR PASIVA MATERIAL AL DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER dentro de la presente conciliación prejudicial:

La ley 91 de 1989, en los artículos 3º y 4º dispone:

ARTICULO 3o. *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 Ministerio 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.

ART. 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 2º, 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*

⁷³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de julio de 2011, exp. 52001-23-31-000-1997-08625-01(19753), Carlos Julio Pineda Solís, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁷⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente: D. ROJAS BETANCOURTH Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil trece (2013) Radicación número: 25000-23-26-000-2010-01(42610).

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 135 de 164	

ACTA DE REUNION

presente ley, quienes quedan eximidos del 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.

ART. 5. *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:*

1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado. (...)

De acuerdo a las normas citadas, es al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuenta especial encargada del pago de las prestaciones sociales que reconoce la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, al que corresponde, entre otras prestaciones, el pago de las pensiones del personal docente.

A través del Decreto 1775 de 1990, se reglamentó el funcionamiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estableciéndose que le corresponde al Fondo el trámite del reconocimiento y pago de las prestaciones a su cargo, es decir, el estudio de las solicitudes, el reconocimiento y la liquidación respectiva –art. del 5 al 9 del Decreto 1775 de 1990-.

Por su parte, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 dispuso:

ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

La disposición anterior es reglamentada a través del Decreto 2831 de 2005 “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”, el cual en su artículo 3° establece el trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del referido Fondo:

ARTÍCULO 3°. Gestión. a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, 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. Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente deberá:

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 136 de 164	

ACTA DE REUNION

1. *Recibir y radicar en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.*
2. *Expedir con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por ésta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.*
3. **Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación,** junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo,
4. *Prevía aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la Ley.*
5. *Remitir a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de éste,** junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que éstos se encuentren en firme. (Resaltado en subrayas y negrillas fuera del texto en cita)*

Es decir, que tanto el acto mediante el cual se negó la pensión post-mortem a la Convocante, si bien fueron expedidos por la Secretaría de Educación, no es menos cierto que se actuó con fundamento en las disposiciones antes citadas, y por lo tanto, lo reclamado por el Convocante es una prestación a cargo de la Nación, cuyo reconocimiento y pago corresponde al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que significa que es esa la entidad llamada a responder a las peticiones del actor⁷⁵. Significa esto que si bien la Secretaría de Educación del Departamento fue la que proyectó los actos administrativos demandados, la decisión constituye una atribución conferida por la ley al Fondo.

Consecuencia de lo normado en las disposiciones anteriores, el Consejo de Estado ha concluido que las Secretarías de Educación cumplen, por disposición de la ley y del reglamento, funciones que, en principio, son propias del Ministerio de Educación, pero se depositan en aquellas como una estrategia de regionalización. (Sentencia del 26 de junio de 2013, proceso radicado 05001 33 33 025 2012 00067 01, Magistrado Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Por ello, desacertado es pensar que la obligación atinente al reconocimiento, liquidación y pago de la pensión deprecada recae en cabeza del ente territorial certificado, quien para estos específicos casos actúa como agente del poder central. Es por esto que en la sentencia arriba citada, el

⁷⁵ Cfr. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B CONSEJERO POR DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil doce (2012). REF: EXPEDIEN 050012331000200101414 01- No. INTERNO: 0708-2012-

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 137 de 164	

ACTA DE REUNION

Consejo de Estado concluye que: **“la defensa de la legalidad de los reconocimientos y demás decisiones relacionadas con los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es un atributo del órgano central competente y no de la entidad local (...) por tratarse de un fenómeno de desconcentración administrativa, que implica que la competencia nunca salió de la Nación.**

Recientemente el Consejo de Estado al tratar el tema de la legitimación en la causa por pasiva del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, luego de citar las normas a las que se hizo referencia párrafos atrás, concluyó que:

“En efecto, no hay duda de que es a la administración representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.

Bajo estos supuestos, no le asiste la razón a la parte demandada cuando en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación formula la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, si bien es cierto la Ley 962 de 2005 establece un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, como quedó visto, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial, al cual pertenece el docente peticionario, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales “Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo.”.

Así las cosas, contrario a lo afirmado por la parte demandada, estima la Sala que el extremo pasivo de la presente controversia fue integrado en debida forma dado que, es al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., a quien le correspondía pronunciarse en relación con la petición de la demandante tendiente a obtener el reajuste de la prestación pensional que viene percibiendo, como en efecto lo hizo mediante los actos demandados. Lo anterior, permite declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva...”⁷⁶

Inexistencia de causal de vicio de legalidad en el acto cuya nulidad se depreca

El oficio radicado SAC2016PQR29391 del 13/10/2016, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago del 50% de la pensión post-mortem solicitada por la Convocante y cuya nulidad se depreca por los Convocantes, no hace cosa distinta que negar un derecho, amparándose en una norma

⁷⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B Bogotá, D.C., catorce febrero de dos mil trece (2013) Magistrado Ponente: Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE Radicación número: 25000-23-25-000-20101(1048-2012).

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 138 de 164	

ACTA DE REUNION

que textualmente define que cuando hay controversia entre cónyuge y compañera (o) permanente, éste quedará pendiente de pago mientras se define judicialmente quien tiene el derecho.

Ley 1204 de 2008:

Artículo 6°. Definición del derecho a sustitución pensional en caso de controversia. En caso de controversia suscitada entre los beneficiarios por el derecho a acceder a la pensión de sustitución, se procederá de la siguiente manera:

Si la controversia radica entre cónyuges y compañera (o) permanente, y no versa sobre los hijos, se procederá reconociéndole a estos el 50% del valor de la pensión, dividido por partes iguales entre el número de hijos comprendidos. El 50% restante, quedará pendiente de pago, por parte del operador, mientras la jurisdicción correspondiente defina a quién se le debe asignar y en qué proporción, sea cónyuge o compañero (a) permanente o ambos si es el caso, conforme al grado de convivencia ejercido con el causante, según las normas legales que la regulan. Si no existieren hijos, el total de la pensión quedará en suspenso hasta que la jurisdicción correspondiente dirima el conflicto.

Posición avalada por la Corte Constitucional en múltiples fallos, pudiendo citar como pertinente la Sentencia T-002 de 2015, donde se manifestó en un tema similar:

*Se pueden identificar dos reglas generales aplicables a todos los casos de simultaneidad de reclamaciones en materia de pensiones de sobrevivientes, y unas reglas particulares dependiendo de cada situación. Las reglas generales son: (1) la aplicación del criterio material para establecer al beneficiario, que será quien haya convivido efectivamente con el causante hasta su muerte; (2) **la obligación de suspender el pago de la pensión cuando exista controversia en la reclamación hasta tanto la jurisdicción ordinaria no resuelva el asunto.** De otro lado, las situaciones que se pueden presentar son: (1) Convivencia simultánea del causante con su cónyuge y una –o más- compañeras permanentes, caso en el cual la pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido; (2) Convivencia simultánea del fallecido con dos o más compañeras permanentes que se asimila a la situación anterior, por lo que la pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el causante; (3) Convivencia únicamente con compañero (a) permanente pero vínculo conyugal vigente evento en el cual la pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido siempre que el cónyuge haya vivido durante cinco años o más con el causante en cualquier tiempo. (Resaltado mío)*

RECOMENDACIÓN: En criterio de esta abogada el DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER y conforme a los argumentos jurídicos antes expuestos, no está llamado a conciliar respecto de las pretensiones de la Conciliación Prejudicial que nos ocupa, por carecer la Entidad Territorial Certificada, como se ha indicado en apartes anteriores, de legitimación material en la causa por pasiva.

OIDO Y ANALIZADO TODO LO EXPUESTO POR LA DOCTORA CARMEN LUCERO YAÑEZ RABELO, ABOGADA EXTERNA DE LA SECRETRIA DE EDUCACION, LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DECIDEN POR UNANIMIDAD DE NO LLEGAR A NINGUN ACUERDO CONCILIATORIO.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 139 de 164	

ACTA DE REUNION

20.	<p style="text-align: right;">Concepto</p> <p>emitido por la doctora Carmen Lucero Yáñez Rabelo, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: TERESA LUDY CARRILLO abogado el doctor FRANCY CLARENA SANABRIA PARADA</p>
<p>Toma la palabra la doctora Carmen Lucero Yáñez Rabelo, abogada externa de la secretaria de Educacion, el cual expone lo siguiente:</p>	
CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL	
Convocante (s)	
Apoderado: DANIEL FELIPE GALVIS GAMBOA	TERESA LUDY CARRILLO VILLAMIZAR Rad. 079853 del 21/02/2017
Convocados	DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL
FECHA DE COMITÉ:	
FECHA AUDIENCIA:	
RESPONSABILIDAD DE LA FICHA Y APODERADO: Abogado. CARMEN LUCERO YAÑEZ	
CUANTÍA:	\$35.874.304.20
HECHOS MATERIA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL	
<p>La convocante labora en la Secretaría de Educación del Departamento desde el año 1979, solicitando el día 22 de marzo de 2012, con radicado 2012PQR9793, el reconocimiento y pago de cesantías parciales.</p> <p>El día 14 de marzo de 2014, se expide la Resolución No. 01188, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de las cesantías parciales solicitadas por la convocante en el mes de marzo de 2012.</p> <p>Indica el Señor Apoderado, que el salario con el cual se liquidaron las cesantías parciales correspondió a \$1.711.016,00, siendo entonces el valor del salario diario la suma de \$57.033.87</p> <p>El día 21 de marzo de 2014 son canceladas por el Fondo de Cesantías Porvenir las cesantías parciales</p>	

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 140 de 164	

ACTA DE REUNION

autorizadas mediante Resolución No. 01188 del 14/03/2014.

Que, conforme a lo dispuesto en el párrafo del artículo 2° de la Ley 244 de 1995, modificado por el artículo 5° de la Ley 1071 de 2016:

Parágrafo.- *En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.*

Habiéndose pagado la cesantía parcial solicitada fuera de los términos previstos en la Ley citada, a partir del día 16 de agosto de 2012 se generó la sanción moratoria a razón de un día de salario por cada día de retardo, hasta la fecha en que se hizo efectivo el pago. Transcurrieron en total 577 días de mora.

PRETENSIONES:

1. Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio SAC 2016PQR37757 radicado de salida SAC2017RE7 del 02 de febrero de 2017, por medio del cual se resolvió desfavorablemente la petición radicada en la Gobernación bajo el No. 2017-840-072389-2.
2. Que el Departamento Norte de Santander – Secretaría de Educación Departamental reconozcan y cancelen a la Convocante la suma de \$35.874.304,2, correspondiente al valor de la sanción moratoria por el pago extemporáneo de sus cesantías parciales reconocidas a través de la Resolución No. 1188 del 14/03/2014.

ANÁLISIS Y CONCEPTO

En concepto de esta Abogada, hay lugar a proponer fórmula de conciliación, toda vez que efectivamente la cesantía parcial solicitada por la Convocante fue reconocida en forma extemporánea, vulnerándose los perentorios términos establecidos por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2016, según la cual:

Artículo 4°. *Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.*

Artículo 5°. *Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de*

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO	ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS	Página 141 de 164	

ACTA DE REUNION

lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro. (...)

Es claro bajo los parámetros normativos anteriores, que la Entidad reconoció y pago las cesantías parciales solicitadas por la Convocante fuera de los términos de la norma en cita, lo que genera automáticamente la obligación del pago de un día de salario por cada día de mora en el cumplimiento de la obligación laboral.

Los términos para el reconocimiento y pago de la prestación social deprecada por la Accionante debieron corresponder, de conformidad a las previsiones legales antes citadas a:

- Fecha de presentación de la solicitud de cesantías parcial: 22 de marzo de 2012
- Fecha EN QUE DEBIÓ expedirse el acto administrativo (15 días): 19 de abril de 2012
- Fecha EN QUE DEBIÓ quedar ejecutoriado el acto administrativo (5 días para recursos): 26/04/2012
- Fecha EN QUE DEBIÓ producirse el pago (45 días a partir de la ejecutoria del acto administrativo): 05/07/2012
- Días de mora: 616 **del 06 de julio de 2012 al 20 de marzo de 2014.**

Se encuentra sí en desacuerdo esta Apoderada con la solicitud de que el pago de la moratoria se realice tomando como referente el salario **PROMEDIO** con el que se liquidaron las cesantías cuya mora genera la presente convocatoria, pues una cosa es el salario promedio para liquidar la prestación social de Auxilio de Cesantías, ordenado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, y otro el salario o asignación básica que devengaba la funcionaria durante el período en que se constituyó en mora el empleador:

Artículo 45°.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. **Modificado posteriormente.**

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 142 de 164	

ACTA DE REUNION

Asignación básica salarial de un Auxiliar Administrativo, código 407, grado 6°:

Año	Salario mensual	Salario diario	No días de mora	Valor mora en la vigencia
2012	\$1.485.039	\$49.501.30	176	\$ 8.712.228,8
2013	\$1.588.992	\$52.966,40	360	\$19.067.904,00
2014	\$1.660.497	\$55.349,00	80	\$ 4.427.992,27
TOTAL MORATORIA				\$32.208.124,80

Cabe advertir a los miembros del Comité de Conciliación, que pretensiones como estas ya han sido objeto de reconocimiento y pago por el Departamento en acciones ejecutivas que se le han instaurado por hechos similares.

RECOMENDACIÓN: Considera esta abogada, que a efectos de no hacer más onerosa esta reclamación, se debe proponer fórmula conciliatoria atendiendo los valores antes indicados, debiendo el Comité, en caso de accederse a este concepto, fijar los límites que se propondrán en la audiencia respectiva.

OIDO Y ANALIZADO TODO LO EXPUESTO POR LA DOCTORA CARMEN LUCERO YAÑEZ RABELO, ABOGADA EXTERNA DE LA SECRETARIA DE EDUCACION, LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DE CONCILIAION AVALAN PRESENTAR PROPUESTA CONCILIATORIA ASI: 50% DEL VALOR LIQUIDADO POR CONCEPTO DE MORATORIA, ES DECIR , LA SUMA DE \$ 16.104.062.4 LOS CUALES SERAN CANCELADOS EN UN UNICO PAGO DENTRO LOS 15 DIAS HABILES SIGUIENTES A LA EJECUTORIA DEL AUTO PRODUCIDO POR EL JUZGADO ADMINISTRATIVO QUE AVALE LA CONCILIACION PREJUDICIAL.

Y SI ES EL 70% DEL VALOR LIQUIDADO POR CONCEPTO DE MORATORIA QUE SERA CANCELADO EN 2 PAGOS ASI: a) PRIMER PAGO DENTRO DE LOS 15 DIAS HABILES SIGUIENTES A LA EJECUTORIA DEL AUTO PRODUCIDO POR EL JUZGADO ADMINISTRATIVO QUE AVALE LA CONCILIACION PREJUDICIAL Y b) EL SEGUNDO PAGO A LOS 6 (SEIS) MESES DEL PAGO INICIAL.

21.

Concepto

emitido por la doctora Carmen Lucero Yañez Rabelo, abogada externa de la secretaria de Educacion, convocante: ALVARO CAMARGO PEÑA abogado el doctor ELLUZ BOTELLO QUINTERO

. Toma la palabra la doctora Carmen Lucero Yañez Rabelo, abogada externa de la secretaria de Educacion, el cual expone lo siguiente:

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 143 de 164	

ACTA DE REUNION

CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL	
Convocante (s)	ALVARO CAMARGO PEÑA
Apoderado: ELLUZ BOTELLO QUINTERO	RADICADO. 082112-2 DEL 03/03/2017
Convocados	NACION – MIN EDUCACION - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO — DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER- SECRETARIA DE EDUCACIÓN

FECHA DE COMITÉ:

FECHA AUDIENCIA:

RESPONSABILIDAD DE LA FICHA Y APODERADO: Abogado. Carmen Lucero Yáñez

CUANTÍA:	No se indica en el escrito de Convocatoria
-----------------	--

HECHOS MATERIA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL

La Secretaría de Educación del Departamento Norte de Santander mediante Resolución No. 01288 del 13/04/2016, reconoció la pensión vitalicia de jubilación a favor del docente ALVARO CAMARGO PEÑA, en cuantía de \$1.970.994,00 mensuales, efectiva a partir del 18/11/2015, fecha en que adquirió el status de pensionado.

La referida pensión fue liquidada con base en el promedio de la asignación básica mensual devengada por el señor CAMARGO PEÑA durante el último año de servicio anterior a la fecha en que adquirió el status de pensionado, no incluyéndose en el IBL el auxilio de movilización, la prima de vacaciones y la prima de navidad.

Se solicitó en la anualidad inmediatamente anterior la reliquidación de la pensión de jubilación por factores salariales, petición que fue despachada desfavorablemente por parte de la Secretaría de Educación Departamental a través del oficio SACPQR34188 del 01/12/2016.

Indica la Apoderada que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio ha interpretado, con fundamento en el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003, que el IBL de todas las pensiones causadas con anterioridad al 27 de junio de 2003, fecha de expedición de la Ley 812 de 2003, corresponde a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente. Posición que

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 144 de 164	

ACTA DE REUNION

considera no es ajustada a reciente jurisprudencia del Consejo de Estado, que al pronunciarse sobre la legalidad del artículo 3º ya citado, sostuvo:

... el artículo 3º del decreto 3752 de 2003, en la medida que atendió mandatos superiores y propendió por darle viabilidad al sistema, no amerita que se declare nulo sino que se limite su aplicación, esto es, al grupo de docentes que se vincule con posterioridad al 27 de junio de 2003.

PRETENSIONES:

1. Se revoque el acto administrativo radicado SAC No. 2016PQR34188 del 01/12/2016, por el cual se le da respuesta negativa sobre la liquidación de la pensión de jubilación conforme a los factores salariales devengados durante el último año de servicio anterior a la fecha de adquisición del status de pensionado.
2. Que las convocadas reliquiden la pensión vitalicia de jubilación del convocante conforme a los factores salariales devengados durante el año anterior a la fecha en que adquirió el status de pensionado, es decir, el 17/11/2015.
3. Que las convocadas paguen los intereses moratorios causados desde que se hizo exigible la obligación.
4. Se pague la indexación sobre las sumas de dinero adeudadas por el convocante.

ACTOS CUYA NULIDAD PARCIAL SE DEPRECA:

SAC No. 2016PQR34188 del 01/12/2016

ANÁLISIS Y CONCEPTO

CUESTION PREVIA:

Los argumentos de la defensa en esta Solicitud de Conciliación Prejudicial están dados por los siguientes medios exceptivos que se consideran pueden tener prosperidad en vía judicial:

Falta de legitimación material en la causa por pasiva del Departamento

Teniendo en cuenta la Entidades Públicas Convocadas en la diligencia que nos ocupa, y la naturaleza de las pretensiones del Convocante, el primer punto a dilucidar es el relacionado con la legitimación material en la causa por pasiva del Departamento, porque ésta legitimación es la que

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 145 de 164	

ACTA DE REUNION

constituye el presupuesto material que permitirá tomar una decisión de fondo, conforme lo manifiesta el Dr. Carlos Betancur Jaramillo, en su obra *Derecho Procesal Administrativo*.⁷⁷

Al respecto el Consejo de Estado, ha manifestado:

“...de conformidad con la jurisprudencia de la Corporación existen dos clases de falta de legitimación: la de hecho y la material. La primera hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el mismo en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal, mientras que la segunda da cuenta de la participación o vínculo que tienen las personas -siendo o no partes del proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda⁷⁸. En este sentido, no siempre quien se encuentra legitimado de hecho tiene que necesariamente estarlo materialmente, en consideración a que si bien puede integrar una de las partes de la litis, ello no implica que frente a la ley tenga un interés jurídico sustancial en cuanto al conflicto. Al respecto, se ha establecido:

*Así pues, toda vez que la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante —legitimado en la causa de hecho por activa— y demandado —legitimado en la causa de hecho por pasiva— y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; **la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.***

De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores.⁷⁹

17. En conclusión, la legitimación por pasiva de hecho, que se refiere a la potencialidad del demandado de ser parte dentro del proceso, constituye un requisito de procedibilidad de la demanda - en la medida en la que esta no puede dirigirse contra quien no es sujeto de derechos-. mientras que. **la**

⁷⁷ Betancur Jaramillo, Beatriz. Derecho Procesal Administrativo. Séptima Edición. Señal Editora. Medellín 2008. Pág. 160.

⁷⁸ "(...) la legitimación en la causa ha sido estudiada en la jurisprudencia y la doctrina y **para los juicios de cognición** desde dos puntos de vista: de **hecho y material**. Por la primera, legitimación de hecho en la causa, se entiende la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; es decir es una relación jurídica nacida de una conducta que genera la demanda, y de la notificación de ésta al demandado; quien cita a otro y le atribuye está legitimado de hecho y por activa, y a quien es citado y atribuye está legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda. **En cambio la legitimación material en la causa** alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no. Es decir, todo legitimado de hecho no necesariamente será legitimado material, pues sólo están legitimados materialmente quienes participaron realmente en los hechos que le dieron origen a la formulación de la demanda" (resaltado del texto). Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de junio de 2004, exp. 19753 (14452), actor: Reinaldo Posso García y otros, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁷⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de julio de 2011, exp. 52001-23-31-000-1997-08625-01(19753), actor: Carlos Julio Pineda Solís, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 146 de 164	

ACTA DE REUNION

legitimación por pasiva material, constituye un requisito no ya para la procedibilidad de la acción, sino para la prosperidad de las pretensiones.”⁸⁰

Ante lo precedente debe indicarse que conforme a las normas que se citan a continuación, no le asiste LEGITIMACIÓN POR PASIVA MATERIAL AL DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER dentro de la presente conciliación prejudicial:

La ley 91 de 1989, en los artículos 3º y 4º dispone:

ARTICULO 3o. *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 Ministerio 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.

ART. 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 2º, 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 del 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.*

ART. 5. *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:*

1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado. (...)

De acuerdo a las normas citadas, es al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio,

⁸⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente: D. ROJAS BETANCOURTH Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil trece (2013) Radicación número: 25000-23-26-000-2010-01(42610).

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 147 de 164	

ACTA DE REUNION

cuenta especial encargada del pago de las prestaciones sociales que reconoce la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, al que corresponde, entre otras prestaciones, el pago de las pensiones del personal docente.

A través del Decreto 1775 de 1990, se reglamentó el funcionamiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estableciéndose que le corresponde al Fondo el trámite del reconocimiento y pago de las prestaciones a su cargo, es decir, el estudio de las solicitudes, el reconocimiento y la liquidación respectiva –art. del 5 al 9 del Decreto 1775 de 1990-.

Por su parte, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 dispuso:

*ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. **Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.***

La disposición anterior es reglamentada a través del Decreto 2831 de 2005 “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”, el cual en su artículo 3° establece el trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del referido Fondo:

*ARTÍCULO 3°. Gestión. a cargo de las secretarías de educación. **De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, 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. Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente deberá:***

- 1. Recibir y radicar en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.*
- 2. Expedir con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por ésta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente petionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.*
- 3. **Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo,***
- 4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración*

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 148 de 164	

ACTA DE REUNION

los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la Ley.

*5. Remitir a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de éste**, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que éstos se encuentren en firme. (Resaltado en subrayas y negrillas fuera del texto en cita)*

Es decir, que tanto los actos de reconocimiento de las pensiones, así como los oficios mediante los cuales se negó la reliquidación de estas pensiones con fundamento en el fallo del Consejo de Estado como lo solicitan los Convocantes, si bien fueron expedidos por los Secretarios de Educación de las correspondientes épocas, no es menos cierto que éstos actuaron con fundamento en las disposiciones antes citada, y por lo tanto, lo reclamado por el Convocante es una prestación a cargo de la Nación, cuyo reconocimiento y pago corresponde al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que significa que es esa la entidad llamada a responder a las peticiones del actor⁸¹. Significa esto que si bien la Secretaría de Educación del Departamento fue la que proyectó los actos administrativos demandados, la decisión constituye una atribución conferida por la ley al Fondo.

Consecuencia de lo normado en las disposiciones anteriores, el Consejo de Estado ha concluido que las Secretarías de Educación cumplen, por disposición de la ley y del reglamento, funciones que, en principio, son propias del Ministerio de Educación, pero se depositan en aquellas como una estrategia de regionalización. (Sentencia del 26 de junio de 2013, proceso radicado 05001 33 33 025 2012 00067 01, Magistrado Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Por ello, desacertado es pensar que la obligación atinente al reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de jubilación de quienes prestan sus servicios como docentes oficiales recae en cabeza del ente territorial certificado, quien para estos específicos casos actúa como agente del poder central. Es por esto que en la sentencia arriba citada, el Consejo de Estado concluye que: "**la defensa de la legalidad de los reconocimientos y demás decisiones relacionadas con los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es un atributo del órgano central competente y no de la entidad local (...)**" por tratarse de un fenómeno de desconcentración administrativa, que implica que la competencia nunca salió de la Nación.

Recientemente el Consejo de Estado al tratar el tema de la legitimación en la causa por pasiva del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, luego de citar las normas a las que se hizo referencia párrafos atrás, concluyó que:

⁸¹ Cfr. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B CONSEJERO POR DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil doce (2012). REF: EXPEDIENTE 050012331000200101414 01- No. INTERNO: 0708-2012-

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 149 de 164	

ACTA DE REUNION

“En efecto, no hay duda de que es a la administración representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.

Bajo estos supuestos, no le asiste la razón a la parte demandada cuando en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación formula la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, si bien es cierto la Ley 962 de 2005 establece un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, como quedó visto, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial, al cual pertenece el docente peticionario, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales “Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo.”.

Así las cosas, contrario a lo afirmado por la parte demandada, estima la Sala que el extremo pasivo de la presente controversia fue integrado en debida forma dado que, es al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., a quien le correspondía pronunciarse en relación con la petición de la demandante tendiente a obtener el reajuste de la prestación pensional que viene percibiendo, como en efecto lo hizo mediante los actos demandados. Lo anterior, permite declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva...⁸²

Ahora bien si la legitimación en la causa se presume a partir de la condición de Nominador del Departamento, y que como tal está en la obligación de pagar la *Primas de navidad, de servicios y auxilio de transporte o movilización y vacaciones*, y tener en cuenta las mismas para realizar los aportes al Sistema Pensional, ello no implica que la obligación que aquí se reclama sea de su cargo, pues la **competencia pensional la sigue teniendo por expresa disposición legal la Nación, a través del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, y éste a través de una acción autónoma podrá repetir o cobrar a quien corresponda, por lo pagos de las prestaciones sociales que se solicitan sean incluidas en la reliquidación de la pensión.

El Manual Operativo del FOMAG solo permite que se reliquiden las pensiones otorgadas a los docentes, al momento del retiro definitivo del servicio, sin efectos retroactivos sobre las mesadas anteriores al retiro del docente, correspondiendo el valor de la mesada al 75% de lo devengado en el último **AÑO DE SERVICIOS, y no del año anterior a haber obtenido el status como lo solicita la apoderada del Convocante**, razones que sirvieron de fundamento a la negativa de la Administración contenida en el oficio cuya revocatoria se depreca, ya que el señor CAMARGO PEÑA es docente activo de la Administración departamental.

⁸² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B Bogotá, D.C., catorce febrero de dos mil trece (2013) Magistrado Ponente: Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE Radicación número: 25000-23-25-000-20101(1048-2012).

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 150 de 164	

ACTA DE REUNION

RECOMENDACIÓN: En criterio de esta abogada el DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER y conforme a los argumentos jurídicos antes expuestos, no está llamado a conciliar respecto de las pretensiones de la Conciliación Prejudicial que nos ocupa, sin perjuicio de la posición que dentro de la diligencia adopte el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por carecer la Entidad Territorial Certificada, como se ha indicado en apartes anteriores, de legitimación material en la causa por pasiva.

OIDO Y ANALIZADO TODO LO EXPUESTO POR LA DOCTORA CARMEN LUCERO YAÑEZ RABELO,, ABOGADA EXTERNA DE LA SECRETRIA DE EDUCACION LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DECIDEN POR UNANIMIDAD, DE NO LLEGAR A NINGUN ACUERDO CONCILIATORIO.

22.

Concepto

emitido por el doctor **José Rey Angarita Parada**, abogado externo de la secretaria de Agua y saneamiento Básico; convocante: **CONSORCIO CONSULTORIA NORTE** abogado el doctor **Edgardo Ignacio Torres Sáenz.** (audiencia 5 de abril a las 8.00 a.m en la procuraduría 24)

Toma la palabra el doctor Jose Rey Angarita Parada , abogado externo de la secretaria de Agua y saneamiento Básico, el cual expone lo siguiente:

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL

DEMANDANTE: CONSORCIO CONSULTORIA NORTE

RADICADO PROCURADURIA: 2017-0022 DE 20-01-2017

DEMANDADOS: DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER/ S.A.P.S.B.

FECHA DEL COMITÉ: ABRIL 4 DE 2017 – 7 A.M.

FECHA AUDIENCIA: ABRIL 4 DE 2017 HORA: 2.30 P.M.

RESPONSABILIDAD DE LA FICHA Y APODERADO:

JOSE REY ANGARITA PARADA C.C. 13.250.406 T.P. 73979 C.S.J.

CUANTIA TOTAL \$1.698.443.582.oo

HECHOS MATERIA DE LA CONCILIACION EXTRAJUDICIAL:

1.- SINTESIS DE LA SITUACION LITIGIOSA:

Se plantea la Conciliación Extrajudicial por el convocante para satisfacer requisitos de procedibilidad para adelantar acción contractual de Liquidación Judicial al alegarse por el convocante supuesto incumplimiento del Contrato de Consultoría No. PDA-NS-FIA-009-2011 cuyo objeto es “CONSULTORIA PARA EL AJUSTE DE LOS DIAGNOSTICOS EXISTENTES EN AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO INCLUIDO EL CATASTRO DE REDES, LA ELABORACION O ACTUALIZACION DE PLANES MAESTROS Y LA ELABORACION DE ESTUDIOS Y DISEÑOS DETALLADOS PARA CONSTRUCCION Y PLANES DE OBRA E INVERSIONES DE LOS SISTEMAS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE LOS UNICIPIOS DE CACOTA, LABATECA, LOURDES, PUERTO SANTANDER, SAN CAYETANO, SANTO DOMINGO DE SILOS Y TOLEDO” al no adelantarse por la Institución la liquidación bilateral del mismo dentro de los términos pactados interpartes, 4 meses, ni adelantar, una vez vencido este plazo la liquidación unilateral.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 151 de 164	

ACTA DE REUNION

2.- PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

Adelantar liquidación judicial en la que se incluyan:

2.1.- Las sumas de dinero que el Departamento Norte de Santander “ se abstuvo de pagar por concepto del Acta de Terminación de productos No.6 suscrita entre las partes el 21 de julio de 2014.....con las actualizaciones e intereses a que haya lugar , calculados estas últimas desde la fecha que se debió realizar el pago y hasta la fecha en que se produzca el desembolso respectivo.”

2.2.- Las sumas de dinero que el Departamento Norte de Santander “ se abstuvo de pagar por concepto del excedente correspondiente al 8% del valor de las obras diseñadas con respecto a lo inicialmente estimado en el contrato y su otro sí modificatorio de adición y prórroga No.05 suscrito el 15 de febrero de 2013, conforme a lo estipulado en la cláusula PRIMERA del contrato y en la cláusula SEGUNDA del otro sí.....con las actualizaciones e intereses a que haya lugar, calculadas estos últimos desde la fecha en que se debió realizar el pago y hasta la fecha en que se produzca el desembolso respectivo.”

2.3.- Se condene al departamento “ ..al pago de intereses moratorios a la máxima tasa legal permitida, desde el momento de la sentencia hasta el día de su pago efectivo.”

2.4.- Se condene al departamento “ ..en costas y agencias en derecho ..”

PRETENSIONES ADICIONALES:

1.- Que se restablezca el equilibrio económico del contrato de consultoría PDA-NS-FIA-009-2011 que suscribió el DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER el día 5 de octubre de 2011 con el CONSORCIO CONSULTORIA NORTE.

2.- Que como consecuencia de la pretensión primera adicional, se ordene incluir en la liquidación judicial las sumas de dinero que resulten del restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

3.- Que, como consecuencia del restablecimiento del equilibrio económico del CONTRATO de que trata la pretensión primera adicional, se condene al Departamento Norte de Santander a reconocer y pagar al Consorcio Consultoría Norte, e incluir en la liquidación judicial, el valor que corresponde a dicho restablecimiento con las actualizaciones e intereses a que haya lugar, calculados estos últimos desde la fecha en que se debió realizar el pago y hasta la fecha en que se produzca el desembolso respectivo.

4.- Que se condene al Departamento de Norte de Santander al pago de intereses moratorios a la máxima tasa legal permitida, desde el momento de la sentencia hasta el día de su pago efectivo.

5.- Que se condene en costas y agencias en derecho al Departamento Norte de Santander.

3.- DESCRIPCION DE LOS PERJUICIOS QUE SE ENCUENTREN DEMOSTRADOS.

Las pretensiones referidas a intereses y a las actualizaciones derivando de ellas además el pago de costas y agencias en derecho, el perjuicio, no se encuentra demostrado a partir que las fechas de las cuentas de cobro en las que se sustentas dichas pretensiones sólo fueron presentadas a 14 y 20 de enero de 2017, éstas últimas cuentas, el mismo día que es presentada la solicitud de conciliación extrajudicial.

En cuanto refiere a las pretensiones adicionales referidas al valor correspondiente al pretendido restablecimiento del equilibrio económico del contrato, intereses y actualizaciones así como costas y agencias

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 152 de 164	

ACTA DE REUNION

en derecho el perjuicio no se encuentra demostrado a partir que figurando pactadas en el contrato inicial las siguientes actividades: “ 1.1. Catastro de los sistemas de acueducto.....”; 1.2 Catastro de redes y demás componentes de los sistemas de alcantarillado ...”; 1.3 “socializaciones , actualización y/o elaboración del diagnóstico plan maestro de acueducto y alcantarillado en las zonas urbanas....”; 1.4 “optimización de las estructuras actuales de acueducto...” de cada uno de los siete municipios; 1.5 “optimización de las estructuras actuales de alcantarillado ...” de cada uno de los siete municipios...” y 1.6 “recursos para diseños de nuevas estructuras de acueducto y alcantarillado...” como bien lo dice el convocante en su escrito del 22-03-2017, se establecieron sobre las actividades contempladas a los numerales 1.4 y 1.5, “ un valor global” y para la actividad 1.6, el equivalente al 8% “del valor de las obras diseñadas”.

El argumento del convocante refiere a que “ una vez realizados los catastros de los sistemas de acueducto y alcantarillado y las socializaciones, actualización y/o elaboración del diagnóstico, plan maestro de acueducto y alcantarillado en las zonas urbanas con el planteamiento y selección de alternativas a corto, mediano y largo plazo para los diferentes municipios, se debía realizar las optimizaciones de las estructuras actuales, así como los diseños de nuevas estructuras de los sistemas de acueducto y alcantarillado” y como la “ optimización de las estructuras actuales como las nuevas estructuras requerían de unos diseños” concluye que los valores globales pactados para “ el caso de los diseños requeridos y realizados por el consultor para la optimización de las estructuras actuales” deben ser reconsiderados y sujetos a la modalidad de pago del 8% sobre valor de las obras diseñadas a partir de considerar que los diseños adelantados dentro de la actividad de optimización son igualmente diseños de nuevas estructuras de acueducto y alcantarillado.

Como fundamento adicional señala que “los valores inicialmente establecidos por la entidad contratante no guardan ninguna relación con la dimensión de las obras resultantes”, valores que “...fueron acogidos en su propuesta por el consultor en el entendido que obedecían al conocimiento y análisis de los diagnósticos existentes, así como al buen criterio y experiencia inherente de quien estructura un procesos de consultoría.”

Es decir, el convocante olvida que el contrato es ley para las partes, que se pactó pecio global sobre las actividades respecto de las cuales se argumenta el pretendido desequilibrio económico del contrato y si alega error, cual parece ser su pretensión, deberá demostrarlo judicialmente.

Por otra parte, respecto a la institución del desequilibrio económico de los contratos estatales se han constituido como fuentes del mismo los actos o hechos por los cuales la entidad contratante introduce modificaciones según sean estas abusivas o no; los actos generales de la administración que denominados “ hechos del príncipe” y/o factores exógenos a las partes, que en principio no son enunciados por el convocante y que en todo caso, previo a su admisión, deberán ser objeto de prueba, hecho que aquí no obra.

4.- RELACION DE HECHOS DEMOSTRADOS Y RELEVANTES PARA LA PROSPERIDAD O NO DE LAS PRETENSIONES Y EXCEPCIONES EN EL PROCESO.

HECHOS DEMOSTRADOS:

La suscripción del Contrato de Consultoría No. PDA-NS-FIA-009-2011

La ausencia de liquidación del contrato.

Suscripción del acta de terminación de productos No.6 el 21 de julio de 2014.

Presentación de las cuentas de cobro a 14-01-2017 y 20-01-2017

HECHOS DE LA SOLICITUD DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL POR DEMOSTRAR:

1.8, 1.10, 1.11, 2.1, 2.2, 2.3, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7, 3.8, hechos enumerados en la solicitud de adición de la solicitud de conciliación extrajudicial y demás no contemplados en los hechos demostrados.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 153 de 164	

ACTA DE REUNION

ANALISIS Y CONCEPTO PARA CONCILIAR

Para efectos del análisis y concepto a rendir se considera pertinente, en primer lugar, actualizar al Comité sobre el Contrato de Consultoría 009 de 2011 para lo cual se anexa el informe técnico correspondiente que será explicado en detalle en la sesión a cumplirse para el efecto.

Siendo la diligencia de conciliación un aspecto procesal que debe adelantarse como requisito de procedibilidad por parte de quien pretende demandar, se halla dentro de las competencias del Comité de Conciliación de la Gobernación de Norte de Santander decidir si concilia o no, sobre las pretensiones planteadas en su solicitud por el CONSORCIO CONSULTORIA NORTE.

A partir de la solicitud de conciliación, su contenido, alcance y fundamento probatorio allegado en la solicitud inicial así como en la adición a esta, puede decirse que a la misma no la soporta suficiente factor de convicción ni certeza en los hechos alegados y menos en sus pedimentos. De las pretensiones y hechos alegados como sustento de las mismas, incumplimiento y desequilibrio económico del contrato y el consecuente daño su prueba es de un resultado aleatorio, cuyo nivel de riesgo es medio.

En el contrato de consultoría PDA-NS-FIA-009-2011, cláusula décima cuarta se pactó: " *SOLUCION DE CONTROVERSIAS: las partes podrán solucionar de forma ágil y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, mediante la conciliación, la transacción, o los mecanismos que las partes acuerden, según los procedimientos establecidos por la ley. PARAGRAFO. ARREGLO DIRECTO. Las partes acuerdan que, en el evento en que surjan las diferencias entre ellas, por razón o con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación del presente contrato, las mismas podrán buscar mecanismos de arreglo directo, para lo cual dispondrán de un término de treinta (30) días hábiles contados a partir de la fecha en que cualquiera de ellas manifieste por escrito su inconformidad a la otra. Dicho término podrá ser prorrogado de común acuerdo.*"

Como una primera acción por la Secretaría, una vez conocida la solicitud se procedió, en cumplimiento de lo pactado en el parágrafo previamente citado, a convocar al contratista para agotar, en lo posible, un arreglo directo.

Recibido en principio una anuencia a la invitación y propuesta por el contratista fecha modificatoria que se acepta, la reunión al final no se adelanta.

Por otra parte, el Estatuto Contractual y la ley 1437 de 2011, establecen sobre las liquidaciones de los contratos:

- 1.- Una liquidación bilateral, que en este caso, acorde a la norma, se pactó en cuatro (4) meses.
- 2.- En defecto de esta, una liquidación unilateral por el término de dos (2) meses a partir del fenecimiento del término anteriormente reseñado.
- 3.- Liquidación judicial del contrato a partir de la Acción de controversia contractual, cuya caducidad de dos (2) años se computa a partir que hayan transcurridos los plazos previstos para la liquidación bilateral como liquidación unilateral.

La liquidación judicial está definida como la que realiza y adopta el juez del contrato, en desarrollo de un proceso judicial o arbitral, según corresponda, en ausencia de las liquidaciones bilateral y unilateral.

La jurisprudencia ha establecido sobre la liquidación definitiva del contrato:

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 154 de 164	

ACTA DE REUNION

“La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado queda después de cumplida la ejecución de aquel; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no se hicieron en ese momento.”

En el caso concreto, terminado el contrato a 21 de julio de 2014, los términos anteriormente enumerados nos dicen que la caducidad de la acción, ante la ausencia de las liquidaciones bilateral y unilateral, operaría a 21 de enero de 2017.

La solicitud de conciliación extrajudicial se presenta a 20 de enero de 2017, término este que objeto de suspensión por presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial.

Ahora bien, de las pretensiones de la solicitud de conciliación extrajudicial se tiene que persigue la declaratoria de incumplimiento del contrato de consultoría PDA-NS-FIA – 009 -2011 suscrito a 5 de octubre de 2011 (acta de inicio a diciembre 13 de 2011) y su otro sí modificatorio de adición y prórroga No.05 suscrito el 15 de febrero de 2013, por violación de la cláusula decima sexta contractual, que estableció el término de cuatro meses (4) para adelantar el trámite de la liquidación bilateral. (Pretensión Primera)

Como consecuencia de ello, que se proceda a ***“ordenar y realizar la correspondiente liquidación judicial.”*** (Pretensión segunda).

En las pretensiones tercera y quinta, se condene al Departamento al reconocimiento y pago de las sumas de dinero que el Departamento Norte de Santander ***“se abstuvo de pagar por concepto del Acta de Terminación de productos No.6 suscrita entre las partes el 21 de julio de 2014.....con las actualizaciones e intereses a que haya lugar , calculados estas últimas desde la fecha que se debió realizar el pago y hasta la fecha en que se produzca el desembolso respectivo.”***

En las pretensiones cuarta y sexta, se condene al Departamento al reconocimiento y pago de las sumas de dinero que el Departamento Norte de Santander ***“ se abstuvo de pagar por concepto del excedente correspondiente al 8% del valor de las obras diseñadas con respecto a lo inicialmente estimado en el contrato y su otro sí modificatorio de adición y prórroga No.05 suscrito el 15 de febrero de 2013, conforme a lo estipulado en la cláusula PRIMERA del contrato y en la cláusula SEGUNDA del otro sí.....con las actualizaciones e intereses a que haya lugar, calculadas estas últimas desde la fecha en que se debió realizar el pago y hasta la fecha en que se produzca el desembolso respectivo.”***

Pretensión séptima, se condene al departamento ***“ ..al pago de intereses moratorios a la máxima tasa legal permitida, desde el momento de la sentencia hasta el día de su pago efectivo.”***

Pretensión octava, se condene al departamento ***“ ..en costas y agencias en derecho ..”***

Adicionalmente,

En cuanto a las pretensiones adicionales estas refieren a una supuesta ruptura del equilibrio económico del contrato y su restablecimiento, intereses y actualizaciones así como costas y agencias en derecho. Figurando pactadas en el contrato inicial las siguientes actividades: “ 1.1. Catastro de los sistemas de acueducto.....”; 1.2 Catastro de redes y demás componentes de los sistemas de alcantarillado ...”; 1.3 “socializaciones , actualización y/o elaboración del diagnóstico plan maestro de acueducto y alcantarillado en las zonas

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 155 de 164	

ACTA DE REUNION

urbanas...”; 1.4 “optimización de las estructuras actuales de acueducto...” de cada uno de los siete municipios; 1.5 “optimización de las estructuras actuales de alcantarillado ...” de cada uno de los siete municipios...” y 1.6 “recursos para diseños de nuevas estructuras de acueducto y alcantarillado...” se tiene, como bien lo dice el convocante en su escrito del 22-03-2017, que se establecieron sobre las actividades contempladas a los numerales 1.4 y 1.5, “ un valor global” y para la actividad 1.6, el equivalente al 8% “del valor de las obras diseñadas”.

El convocante sustenta su pretensión en que “ una vez realizados los catastros de los sistemas de acueducto y alcantarillado y las socializaciones, actualización y/o elaboración del diagnóstico, plan maestro de acueducto y alcantarillado en las zonas urbanas con el planteamiento y selección de alternativas a corto, mediano y largo plazo para los diferentes municipios, se debía realizar las optimizaciones de las estructuras actuales, así como los diseños de nuevas estructuras de los sistemas de acueducto y alcantarillado” y como la “ optimización de las estructuras actuales como las nuevas estructuras requerían de unos diseños” concluye que los valores globales pactados para “ el caso de los diseños requeridos y realizados por el consultor para la optimización de las estructuras actuales” deben ser reconsiderados y sujetos a la modalidad de pago del 8% sobre valor de las obras diseñadas a partir de considerar que los diseños adelantados dentro de la actividad de optimización son igualmente diseños de nuevas estructuras de acueducto y alcantarillado.

Como fundamento adicional señala que “los valores inicialmente establecidos por la entidad contratante no guardan ninguna relación con la dimensión de las obras resultantes”, valores que “...fueron acogidos en su propuesta por el consultor en el entendido que obedecían al conocimiento y análisis de los diagnósticos existentes, así como al buen criterio y experiencia inherente de quien estructura un procesos de consultoría.”

Es decir, el convocante olvida que el contrato es ley para las partes, que se pactó precio global sobre las actividades respecto de las cuales se argumenta el pretendido desequilibrio económico del contrato y si alega error, cual parece ser su pretensión deberá demostrarlo judicialmente..

Por otra parte, respecto a la institución del desequilibrio económico de los contratos estatales se han constituido como fuentes del mismo los actos o hechos por los cuales la entidad contratante introduce modificaciones según sean estas abusivas o no; los actos generales de la administración que denominados “ hechos del príncipe” y/o factores exógenos a las partes, que no son enunciados por el convocante y que en todo caso, previo a su admisión deberán ser objeto de prueba, hecho que aquí no obra.

De las pruebas:

1.- Como sustento probatorio el convocante allega en lo tocante a los cobros pretendidos con fundamento en acta de terminación de productos No.6 del 21 de julio de 2014, pretensiones tercera y quinta:

Copias simples de las facturas No. 037 de diciembre 10 de 2015; No.039 de abril 6 de 2016, No.041 de enero 2 de 2017 con comprobantes de envío de fechas, en su orden, Servientrega, # 940226109 de 7-04-2016; De prisa, #999031315982 del 10-11-2016 y Servientrega, #953602805 de 12-01-2017.

La citada acta es suscrita por un valor de SETENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS DIECISEIS MIL SETECIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$78.216.776.oo).

Las facturas Nos. 037 y 039, son allegadas por valor distinto, esto es por la suma de SETENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS DIECISEIS MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS (\$78.216.779.oo), diferente este valor al pactado, razón por la cual, por culpa del contratista, no se pudo efectuar su pago

Sólo a 17-01-2017, se allegó la factura No.041 por el valor de SETENTA Y OCHO MILLONES

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 156 de 164	

ACTA DE REUNION

DOSCIENTOS DIECISEIS MIL SETECIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$78.216.776.00),

A la fecha, se cumple el procedimiento para su pago.

2.- En lo tocante a las pretensiones cuarta y sexta, cobro **“del excedente correspondiente al 8% del valor de las obras diseñadas con respecto a lo inicialmente estimado en el contrato y su otro sí modificatorio de adición y prórroga No.05 suscrito el 15 de febrero de 2013, conforme a lo estipulado en la cláusula PRIMERA del contrato y en la cláusula SEGUNDA del otro sí.....con las actualizaciones e intereses a que haya lugar, calculadas estas últimas desde la fecha en que se debió realizar el pago y hasta la fecha en que se produzca el desembolso respectivo”** se allegaron las facturas #s 0042, 0043, 0044, 0045 y 0046 por valor de \$82.277.747.00, \$82.762.849.00, \$166.833.570.00, \$14.597.014.00 y \$76.923.697.00, en su orden, ingresadas a la Gobernación del Departamento Norte de Santander con radicado 2017-840-073166-2 del 20 de enero de 2017.

En la solicitud de conciliación extrajudicial, como es obvio por la circunstancia anotada previamente, no se allega documento probatorio alguno sobre las pretensiones cuarta y sexta, cobro del excedente del 8%.

Por otra parte, obran reparos a la ejecución contractual en la que se fundamentan estos cobros reparos que como se colige del objeto de la liquidación del contrato deberán ser precisados en la liquidación que al final se adelante sobre el contrato de consultoría PDA-NS-FIA – 009 -2011.

Así mismo, en su sorpresiva solicitud de adición a la solicitud de conciliación inicial, el convocante olvida que el contrato es ley para las partes y si alega error, cual parece ser su pretensión deberá demostrarlo judicialmente; allega como pruebas las enumeradas en el acápite de pruebas, numerales 1.1. 1. Al 1.1.15., páginas 9, 10 y 11 del escrito de adición a la solicitud de conciliación extrajudicial, presentado éste último a 22 de marzo de 2017 y que se considera parte integral de este concepto.

Por otra parte, respecto a la institución del desequilibrio económico de los contratos estatales se han constituido como fuentes del mismo los actos o hechos por los cuales la entidad contratante introduce modificaciones según sean estas abusivas o no; los actos generales de la administración que denominados “ hechos del príncipe” y/o factores exógenos a las partes, que no son enunciados por el convocante y que en todo caso, previo a su admisión deberán ser objeto de prueba, hecho que aquí no obra.

Como se desprende de lo anterior, al convocante no le asiste razón en sus pretensiones económicas puesto que aquí, presentación de cuentas a 20 de enero de 2017, fecha de presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial, como se ha señalado respecto de las pretensiones tercera y quinta, acta de terminación de productos No.6 del 21 de julio de 2014, no ha habido mora alguna por parte de la administración; esta no se hallaba obligada a efectuar un pago sobre unas sumas de dinero diferentes a las pactadas en dicha acta, error del contratista y no de la administración ni a admitir, una mora sobre unas facturas presentadas al unísono, y maliciosamente, con el requerimiento de mora sobre los mismos, amen que debe dilucidarse previamente si los cobros que allí se plantean corresponden con la realidad de la ejecución contractual.

En cuanto a las pretensiones cuarta y sexta, solicitud inicial de conciliación extrajudicial, cobro del excedente por concepto del 8%, primero, obran reparos de la administración sobre el alcance real de lo pretendido y segundo además que su cobro se efectúa en fecha similar a la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial lo que hace inadmisibles las pretensiones del convocante de constituir materia de conciliación extrajudicial el cobro de unas sumas de dinero respecto de las cuales no había, al momento de presentar su solicitud de conciliación extrajudicial, adelantando los trámites de cobro.

Igual percepción obra respecto a la pretensión del desequilibrio económico del contrato argüido en la adición

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 157 de 164	

ACTA DE REUNION

de la solicitud de conciliación extrajudicial sobre la que en este documento obra el respectivo pronunciamiento.

Es dable concluir que lo que se pretende por el convocante es negar a la administración la oportunidad de hacer valer sus derechos y apreciaciones sobre la ejecución contractual y de las obligaciones que a su cargo se deriven con apego a la realidad como producto de una liquidación adelantada según las normas legales y al propósito que la rigen, entre otras, la defensa del erario público, así como dentro de los derechos y obligaciones que en el ejercicio de las funciones públicas las normas legales exigen a los servidores públicos.

Como conclusión de lo anterior puede decirse, que no obrando fundamento para admitir las leoninas pretensiones de la parte convocante, por las razones expuestas, igual debe pregonarse de las pretensiones séptima y octava como de las pretensiones todas que conforman la adición a la solicitud de conciliación extrajudicial, presentada esta última a 22 de marzo de 2017.

En tales condiciones no aparece que deba tomarse la decisión de satisfacer, por la vía de la conciliación extrajudicial, en los términos de la solicitud planteada y su adición, los pedimentos del CONSORCIO CONSULTORIA NORTE.

OIDO Y ANALIZADO TODO LO EXPUESTO POR LOS DOCTORES FRANCISCO ALBERTO BERMOUTH Y EL DOCTOR JOSE REY ANGARITA PARADA, SECRETARIO Y ABOGADO EXTERNO DE LA SECRETRIA DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO, LOS MIEMBROS DEL COMITÉ ASISTENTES EN EL DIA DE HOY 4 DE ABRIL DE LA PRESENTE AANUALIDAD, DECIDEN POR UNANIMIDAD, DE NO LLEGAR A NINGUN ACUERDO CONCILIATORIO.

23. **Concepto**
emitido por el doctor Luis Alberto Gómez, abogado externo de la secretaria jurídica, convocante; OMAR RAMIREZ DURAN (AUDIENCIA 5 DE ABRIL A LAS 3:00 P.M EN LA PROCURADURIA 23).

Toma la palabra el doctor Luis Alberto Gomez, abogado externo de la secretaria Juridica del Departamento cual expone lo siguiente:

CILIACIÓN EXTRAJUDICIAL	
Convocante: OMAR RAMIREZ DURAN	No. Expediente:
Convocado: GOBERNACIÓN NORTE DE SANTANDER Y OTROS	

FECHA DE COMITÉ:

FECHA AUDIENCIA: (AÚN NO ESTÁ FIJADA)

RESPONSABILIDAD DE LA FICHA Y APODERADO: LUIS ALBERTO GÓMEZ ANGULO.

CUANTÍA:	CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES
-----------------	---------------------------------------

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 158 de 164	

ACTA DE REUNION

	<i>DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MIL SETESCIENTOS PESOS (\$468.281.700).</i>
--	--

HECHOS MATERIA DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

Omar Ramirez Duran presenta a través de apoderado solicitud de conciliación extrajudicial en la que busca que el Departamento Norte de Santander indemnice en la suma de CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MIL SETESCIENTOS PESOS (\$468.281.700) con ocasión del accidente ocurrido el día 18 de marzo de 2015 cuando se transportaba en calidad de pasajero hacía el vecino país de Venezuela en un autobús afiliado a la empresa EXPRESOS BOLIVARIANOS S.A. de placa 03AA8TS, a la altura del sector conocido como RUMICHACA, municipio de Villa del Rosario, ocasionando daño del nervio óptico del ojo izquierdo con atrofia del nervio, cicatriz hipertrófica lineal de 3cm sobre el tercio distal cara anterior de antebrazo derecho y no tiene prensión de la mano derecho, limitación de la muñeca derecha para la flexión completa de metacarpianos.

Señala el convocante que una vez oficiado al Ministerio de Transporte Territorial Norte de Santander pudo constatar que en la actualidad no existe convenio, tratado acuerdo para la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros entre fronteras, que la empresa que prestaba dicho servicio -EXPRESOS BOLIVARIANOS S.A.- lo hacía a través de la Resolución 0451 de 1984 expedida por el extinto INTRA.

ANÁLISIS Y CONCEPTO PARA CONCILIAR

Efectuado el análisis correspondiente, es pertinente señalar que la vía donde ocurrió el accidente según información recaudada por el suscrito se encuentra bajo administración de la Concesionaria San Simón desde el día 3 de julio de 2007.

No obstante lo anterior, en la solicitud de conciliación extrajudicial y las pruebas adjuntadas por el convocante no existe ningún hecho, ni ninguna prueba que indique que el Departamento Norte de Santander ha causado un daño, una omisión, por la cual deba responder.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 159 de 164	

ACTA DE REUNION

De acuerdo a lo anterior, me permito señalar que de acuerdo a la abundante jurisprudencia sobre la materia el Honorable Consejo de Estado ha señalado que la responsabilidad del Estado, por los daños antijurídicos que este ocasione por acción u omisión de sus funciones, se encuentra fundamentada en tres elementos: 1) un hecho, 2) el daño y 3) la relación de causalidad que debe existir entre los dos primeros. En ese orden de ideas, dentro de las pruebas aportadas por el accionante en ningún momento queda demostrada la responsabilidad del departamento Norte de Santander.

Asimismo, la falla en la prestación del servicio que el accionante pretende endilgar al Departamento carece de sustento probatorio. En ese sentido, el Consejo de Estado también ha definido esa falla como aquella que se presenta cuando el servicio funciona mal, no funciona o funciona tardíamente. Esta es la noción que inicialmente acogió la corporación, pero que más tarde y con el fin de darle un encuadre más jurídico, modificó para adoptar la de la violación del contenido obligacional, aunque esto no ha sido óbice para que el Consejo siga aplicando la noción “descriptiva” del funcionamiento. Este elemento es de vital importancia razón por la cual el afectado al momento de pretender una indemnización, debe probar la ocurrencia de dicha falla, pues en caso de que no lo haga, sus pretensiones serán desechadas y no logrará la indemnización. Es un requisito muy exigente, pues se reclama tradicionalmente por la jurisprudencia, que el actor suministre la prueba plena de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que se suponen fueron la causa del perjuicio, es decir, el demandante no sólo debe probar cómo se produjeron los hechos que supone constitutivos de la falla, sino cuándo y dónde ocurrieron ellos.

Así lo ha expresado el Honorable Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. del 28 de Julio de 2011. C. P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ:

“ La legitimación en la causa.

(...) Así pues, toda vez que la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante —legitimado en la causa de hecho por activa— y demandado —legitimado en la causa de hecho por pasiva— y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 160 de 164	

ACTA DE REUNION

facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.

En suma, en un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra⁸³.

De igual forma en reciente pronunciamiento del Consejo de Estado se reiteró:

"(...) En conclusión, la legitimación por pasiva de hecho, que se refiere a la potencialidad del demandado de ser parte dentro del proceso, constituye un requisito de procedibilidad de la demanda -en la medida en la que ésta no puede dirigirse contra quien no es sujeto de derechos-, mientras que, la legitimación por pasiva material, constituye un requisito no ya para la procedibilidad de la acción, sino para la

⁸³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de diecisiete (17) de junio de dos mil cuatro (2004); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 76001-23-31-000-1993-0090-01(14452). En similar sentido y complementando lo dicho en el texto, se ha afirmado lo siguiente: "La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado. Nótese que el estar legitimado en la causa materialmente por activa o por pasiva, por sí solo, no otorga el derecho a ganar; si la falta recae en el demandante el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo -no el procesal-; si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder; por eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto, situación que se logra con la denegación de las súplicas del demandante". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintidós (22) de noviembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Expediente 13.356. Puede verse, en la misma dirección, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veintisiete (27) de abril de dos mil seis (2006); Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03263-01(15352).

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 161 de 164	

ACTA DE REUNION

prosperidad de las pretensiones.

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional señaló que "La responsabilidad patrimonial del Estado, en nuestro sistema jurídico, encuentra fundamento en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, y se configura cuando concurren tres presupuestos fácticos a saber: un daño antijurídico o lesión, definido como el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo; una acción u omisión imputable al Estado, que se presenta cuando la Administración Pública no satisface las obligaciones a su cargo dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que han sido fijadas; y una relación de causalidad, para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable, que exige que éste sea consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de la Administración, esto es, desde una perspectiva negativa, que el daño sufrido por la víctima no se derive de un fenómeno de fuerza mayor o sea atribuible a su conducta negligente." (...)

"La consolidación de la responsabilidad estatal para responder por el daño antijurídico causado por sus agentes, constituye entre otras, manifestaciones de un mayor énfasis de los sistemas jurídicos en este principio que busca garantizar el cumplimiento eficiente de las tareas públicas, habida cuenta que la responsabilidad en el cumplimiento de los fines del Estado no corresponde solamente a los servidores públicos, pues también los particulares asumen en él una serie de obligaciones y tareas que antes cumplían de manera exclusiva y en ocasiones excluyente las autoridades estatales. Dentro del marco de corresponsabilidad y de cooperación entre el Estado y los particulares, la Constitución establece además la posibilidad de que éstos participen en el ejercicio de funciones públicas, siendo obligación del Estado, repetir contra el agente suyo por cuya actuación dolosa o gravemente culposa aquel haya sido condenado."

Para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable, se exige que éste sea consecuencia del cumplimiento regular o irregular de sus obligaciones o del incumplimiento de las mismas. De esta manera, el artículo 90 de la Constitución consagra una cláusula general de responsabilidad estatal objetiva por todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos, tanto en las relaciones contractuales como en las extracontractuales de tales entes.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 162 de 164	

ACTA DE REUNION

RECOMENDACIÓN: Debido a lo expresado anteriormente, respetuosamente me permito recomendar al Honorable Comité aquí reunido **NO PRESENTAR FORMULA CONCILIATORIA.**

Oído y analizado todo lo expuesto por el doctor Luis Alberto Gómez, abogado externo de la secretaria Juridica, los miembros del comite deciden por unanimidad de no llegar a ningun acuerdo conciliatorio.

24. PROPOSICIONES Y VARIOS

Se solicita a la secretaria Técnica del Comité de conciliación del Departamento Norte de Santander que se oficie a la secretaria de Educacion del Departamento Norte de Santander que se haga llegar un informe por qué el pago extemporáneo de los anticipos de las cesantías solicitadas por el personal administrativo del sector de Educacion. Se tiene conocimiento que existe un déficit por concepto de cesantías retroactivas, en consecuencia se deberá informarse a cuánto asciende el mismo, que se gestiones que se ha hecho ante el Ministerio de Educacion para el giro de estos recursos, allegando los soportes documentales de estas reclamaciones ante el MEN. Esto debido a que se ha tenido en cuenta que ya son varias las conciliaciones prejudiciales y demandas cuyas pretensiones corresponde al pago de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las cesantías.

COMPROMISOS

OBSERVACIONES Y/O CONCLUSIONES

PENDIENTES PROXIMA REUNION

ANEXOS SI () NO () _____	Fecha de aprobación del acta:
---	-------------------------------

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 163 de 164	

ACTA DE REUNION

<i>Elaboró:</i>	<i>Revisó:</i>	<i>Próxima Reunión:</i>
-----------------	----------------	-------------------------

En constancia firman,

Dr. JORGE COLMENARES LAGUADO
Secretario de Gobierno.

Dr. JULIO CESAR SILVA RINCON
Secretario de Planeación Departamental

Dra. SONIA ARANGO MEDINA
Secretaria General.

Dra. VICTORIA MARGARITA SANCHEZ AYALA
Secretaria Jurídica

Dr. MARTIN ALFONSO MARTINEZ VALERO
Secretario de Hacienda Departamental

Dra. JANNETH PATRICIA RONCANCIO RODRIGUEZ
Secretaria Técnica del Comité de conciliación.

 Gobernación de Norte de Santander	MACROPROCESO ESTRATEGICO		ME-IE-CI-03	
	PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS		Página 164 de 164	

ACTA DE REUNION

Invitada permanente

Dra. MARY LUZ LIZARAZO TELLEZ
Jefe de Control Interno de Gestión.