



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B

CONSEJERO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00

Número interno: 4473-2016

Demandante: LUIS ALONSO ARISTIZÁBAL MARÍN

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Tema: Nulidad parcial del Acuerdo 34 de 1998 *“Por el cual se modifican los acuerdos del 11 de enero de 1995 y número 1 del 26 de junio de 1996 sobre el trámite de cesantías parciales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, artículo 5, inciso 1.

Medio de control: Simple nulidad – Ley 1437 de 2011

La Sala decide, mediante sentencia la demanda de nulidad presentada, en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contra el inciso 1 del artículo 5 del Acuerdo 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El señor Luis Alonso Aristizábal Marín presentó demanda de nulidad contra el Acuerdo 34 de 1998, *“Por el cual se modifican los acuerdos del 11 de enero de 1995 y número 1 del 26 de junio de 1996 sobre el trámite de cesantías parciales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, artículo 5, inciso 1, expedido por el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.



1.1. El acto acusado

El ciudadano mencionado pretende que se declare la nulidad parcial del Acuerdo 34 de 1998 *"Por el cual se modifican los acuerdos del 11 de enero de 1995 y número 1 del 26 de junio de 1996 sobre el trámite de cesantías parciales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*, artículo 5, inciso 1.

El tenor literal de la norma acusada es el siguiente (resaltado en negrilla):

**"FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
CONSEJO DIRECTIVO**

ACUERDO No. 34 DE 1998

'Por el cual se modifican los acuerdos del 11 de enero de 1995 y número 1 del 26 de junio de 1996 sobre el trámite de cesantías parciales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio'

**EL CONSEJO DIRECTIVO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES
SOCIALES DEL MAGISTERIO**

ACUERDA

(...)

ARTÍCULO QUINTO: PERIODICIDAD. No podrán radicarse solicitudes por trámite ordinario, sino después de tres años contados a partir de la fecha de pago de la anterior.

Esta limitación no se aplica en los trámites prioritarios aprobados por el Comité Regional por una sola vez, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo de enero 11 de 1995.

(...)"

El demandante considera que el inciso demandado incurre en los cargos de desconocimiento de las normas en que debió fundarse y ausencia de competencia del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para regular los tiempos en que un docente afiliado a dicho fondo puede solicitar el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.



En criterio de la parte actora, la disposición demandada vulnera los artículos 13, 83, 84, 123, 150 (numeral 19, literal e), 152 (numeral 2) y 209 de la Constitución Política; el artículo 7 de la Ley 91 de 1989; la Ley 1071 de 2006; los artículos 2 (literal a) y 10 de la Ley 4 de 1992 y el Decreto 2831 de 2005.

Señala que, de conformidad con el artículo 123 de la Constitución Política, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tienen la calidad de servidores públicos y, en consecuencia, en virtud del principio de igualdad, para efectos de regular los tiempos en que aquéllos pueden solicitar el reconocimiento y pago de las cesantías parciales se debe aplicar la Ley 1071 de 2006, mediante la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, "*por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones*", normas de carácter general que regulan el pago de las cesantías definitivas o parciales de todos los servidores públicos, incluyendo los docentes oficiales, tal como lo determinó la Corte Constitucional en la sentencia C-486 de 2016.

Indica que, conforme con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1071 de 2006, los funcionarios destinatarios de dicha ley podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales para la adquisición de vivienda, mejora de vivienda, liberación de gravámenes del inmueble contraídos por el empleado, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o para adelantar estudios por parte del empleado, cónyuge, compañero o compañera permanente y sus hijos. Adicionalmente, manifiesta que la ley mencionada fija unos términos bajo los cuales se debe desarrollar la actuación administrativa, una vez el interesado presente el derecho de petición de interés particular, pero que en ningún caso determina un límite temporal al ejercicio del mismo.

Arguye que el enunciado normativo acusado vulnera los artículos 83 y 84 de la Constitución Política, en tanto dispone que "*[n]o podrán radicarse solicitudes por trámite ordinario, sino después de tres años contados a partir de la fecha de pago de la anterior*" y la Ley 1071 de 2006 no consagra ninguna restricción temporal para solicitar el retiro de las cesantías parciales, por lo cual la Administración no puede establecer requisitos adicionales para ello, tal como lo prescribe el



artículo 209 de la Constitución Política. Igualmente, el 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 articulado 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones”*, tampoco fija ningún plazo o período para solicitar el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

Argumenta que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se arrogó atribuciones que estaban reservadas por el Constituyente al legislador, comoquiera que las funciones previstas en el artículo 7 de la Ley 91 de 1989 están relacionadas con la administración del fondo, sin que impliquen la facultad para regular el ejercicio del derecho de petición en torno a las cesantías parciales y definitivas, con mayor razón si se tiene en cuenta que al Congreso de la República le corresponde, por medio de la ley, *“fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos (...)”* (literal e del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política) y, a través de leyes estatutarias, regular lo concerniente a *“derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección”* (literal a del artículo 152 de la Carta Magna). De tal suerte que se advierte que el Consejo Directivo actuó por fuera de sus atribuciones legales e invadió la órbita de competencia del legislador.

Sostiene que la disposición demandada transgrede el literal a del artículo 2 y el artículo 10 de la Ley 4 de 1992, por cuanto la restricción temporal a la presentación de la solicitud de cesantías por parte de los docentes del sector oficial implica un desmejoramiento en el acceso a dicha prestación social, lo que no ocurre con los demás servidores públicos, quienes sí pueden presentar dicha petición en cualquier tiempo. Por lo anterior, considera que el aparte acusado carece de todo efecto por contravenir las normas superiores referidas.

Manifiesta que pese a que entre las funciones del Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio están *“[d]eterminar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que se garantice una distribución equitativa de los recursos”*, el contenido de la disposición acusada no tiene una justificación razonable, por cuanto significa



que el reconocimiento y pago de las cesantías parciales sólo se haría si existe disponibilidad presupuestal, lo cual es contrario a los principios establecidos en el artículo 53 de la Constitución Política.

2. TRÁMITE PROCESAL

Este despacho, por medio del auto del 19 de mayo de 2017, inadmitió la demanda de la referencia y concedió el término de diez días para corregir los defectos de la misma, en el sentido de aportar la dirección electrónica para notificaciones y las copias de la demanda y sus anexos. Una vez la parte actora subsanó la demanda, el despacho la admitió, mediante la providencia del 15 de agosto de 2017, y ordenó notificar al Agente del Ministerio Público, al representante de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministro de Educación Nacional.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1. El Ministerio de Educación Nacional, por intermedio de apoderada, realizó una solicitud de integración del contradictorio, con el fin de que se vinculara al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Lo anterior, por cuanto aunque fue el fondo, que a través del Consejo Directivo, expidió el acto administrativo demandado, no fue llamado a hacer parte de la *litis*. En consecuencia, la apoderada de ese ente ministerial considera que dicho fondo, al ser constituido como un patrimonio autónomo, debe comparecer al proceso a través del representante legal de la Fidupervisora S.A., por ser ésta la sociedad fiduciaria que lo administra.

Igualmente, manifestó que la Ley 91 de 1989 dispuso la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística, cuyos recursos deben ser manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta que, en el caso particular, es la Fidupervisora S.A.

Por otro lado, sostuvo que la legalidad del Acuerdo 34 de 1998 no puede ser cuestionada a partir del Decreto 2831 de 2005, el cual reglamenta la Ley 91 de 1989, ni a partir la Ley 1071 de 2006, por cuanto estas normas fueron proferidas



con posterioridad a la expedición del acto administrativo mencionado.

Asimismo, indicó que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sí es competente para expedir el Acuerdo 34 de 1998, de conformidad con lo previsto en los numerales 1, 3 y 4 del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, en los cuales se prevé como funciones de ese órgano: *"1. Determinar las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo, velando siempre por su seguridad, adecuado manejo y óptimo rendimiento", "3. Velar por el cumplimiento y correcto desarrollo de los objetivos del Fondo" y "4. Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que se garantice una distribución equitativa de los recursos"*.

En ese orden de ideas, argumentó que el legislador facultó al Consejo Directivo para determinar el orden de prioridad de la atención a la solicitud de prestaciones sociales de los docentes, sentido con el cual se expidió la disposición que establece que la solicitud de cesantías parciales puede hacerse mínimo cada tres años.

Por lo anterior, consideró que el Acuerdo 34 de 1998 no reglamentó ni modificó el derecho de petición, en tanto el docente puede presentar peticiones de interés particular cuando a bien lo tenga, distinto es que la resolución sea desfavorable o favorable. Igualmente, señaló que dicho acto administrativo no transgredió el literal e) del artículo 150 de la Constitución Política, en tanto no está fijando ni modificando el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, lo que le corresponde al Congreso de la República, sino que está fijando una regla de tiempo para la reclamación de las cesantías parciales.

Por último, afirmó que con la disposición demandada tampoco se desconocen los artículos 2 y 10 de la Ley 4 de 1992, pues se está respetando el derecho de los docentes a solicitar sus cesantías parciales, lo cual no admite discusión. Sin embargo, para lograr un mayor orden y eficacia administrativa se reglamentó que dichas solicitudes se pueden realizar únicamente cada tres años.

3.2. El agente del Ministerio Público y el representante de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado guardaron silencio.



4. AUDIENCIA INICIAL

El 9 de abril de 2018, se llevó a cabo la audiencia inicial¹ prevista en el artículo 180 del CPACA, en la cual no se observó hasta ese momento procesal vicio o causal de nulidad que ameritara ser saneada.

La apoderada de la Nación - Ministerio de Educación Nacional solicitó como medida de saneamiento, en la contestación de la demanda, que se integrara al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al contradictorio, a través del representante legal de la Fiduprevisora S.A. Dicha solicitud fue negada por el magistrado director de la audiencia, principalmente, con fundamento en que si bien el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística, cuyos recursos son administrados por la Fiduprevisora S.A.; lo cierto es que es un fondo de la Nación y, en esa medida, ésta última es la persona jurídica, con capacidad para comparecer al proceso, siendo representada por, entre otros, los ministerios. Dicha decisión fue notificada en estrados y no hubo recurso alguno contra la misma.

Las partes no propusieron excepciones previas ni de fondo. El despacho tampoco advirtió alguna para resolver de oficio en ese momento procesal.

Posteriormente, el magistrado sustanciador, luego de establecer el problema jurídico que será precisado más adelante, fijó el litigio de la siguiente manera: *“la parte actora considera que el inciso demandado fue expedido con infracción de las normas en que debía fundarse y con ausencia de competencia: (i) El Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se arrogó atribuciones no conferidas y que fueron reservadas por el Constituyente al legislador y no al Gobierno Nacional y (ii) Vulnera los artículos 13, 83, 84, 123 y 150 numeral 19 literal f)²; numeral 2 del artículo 152 y 209 de la Constitución Política; el artículo 7 de la Ley 91 de 1989; la Ley 1071 de 2006; los artículos 2 (literal a) y 10 de la Ley 4 de 1992 y el Decreto 2831 de 2005”.*

¹ Acta de audiencia obra a folios 77 - 81 del expediente.

² Aunque en la audiencia inicial, al momento de la fijación del litigio, el despacho sustanciador citó entre las normas transgredidas el literal f) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, lo cierto es que se advierte que, en el concepto de violación, el demandante desarrolló el literal e) de dicho artículo constitucional, por lo que se entenderá que su intención fue realmente confrontar la norma acusada con este último literal mencionado.



Igualmente, la parte accionante consideró que *“para regular los tiempos en que puede un docente solicitar el reconocimiento y pago parcial de cesantías se debe aplicar la Ley 1071 de 2006, por medio del cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, normas de carácter general”*.

Entre tanto, la parte demandada aseveró que la competencia se encuentra prevista en el artículo 7 de la Ley 91 de 1989, numerales 1, 3 y 4 y que el Acuerdo 34 de 1998 no reglamentó, ni modificó el derecho de petición en lo que concierne al auxilio de cesantías parciales; tampoco modificó el régimen prestacional docente, pues solamente establece una regla de tiempo para reclamar dicha prestación social.

Con posterioridad a la fijación del litigio, el magistrado director de la audiencia negó la suspensión provisional de los efectos del aparte del acto administrativo demandado, teniendo en cuenta que, al confrontar la disposición cuestionada con las normas superiores mencionadas, no se advirtió que hubiera una manifiesta violación de las mismas, por lo cual no se encontraron elementos suficientes para decretar la medida cautelar pedida. Esa decisión fue notificada en estrados y las partes no interpusieron recurso alguno contra la misma.

Por último, el magistrado director de la audiencia decretó una serie de pruebas documentales y fijó como fecha para la audiencia de práctica de pruebas el 28 de mayo de 2018.

5. AUDIENCIA DE PRÁCTICA DE PRUEBAS

En la audiencia de práctica de pruebas³ celebrada el 28 de mayo de 2018, el magistrado sustanciador consideró que las pruebas decretadas por el despacho sí habían sido allegadas al proceso, por lo cual una vez dicha documentación fue incorporada al expediente, se cerró la etapa probatoria. Por último, se otorgó un término de diez días para que las partes y el agente del Ministerio Público presentaran sus alegaciones por escrito.

³ Acta de audiencia obra a folios 90 - 93 del expediente.



6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. La parte demandante

El ciudadano **Luis Alonso Aristizábal Marín** señaló que los docentes oficiales tienen calidad de servidores públicos y, por lo tanto, les es aplicable la Ley 1071 de 2006, por medio de la cual se regula el pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos en general, tal como lo determinó la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-486 de 2016.

Indicó que la Ley 1071 de 2006 no establece una restricción temporal para la presentación de la reclamación de las cesantías, por lo cual el artículo 5 del Acuerdo 34 de 1998 vulnera el artículo 84 de la Constitución Política, pues establece un requisito adicional para la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías, el cual no está consagrado en la Ley, pues basta con que se acredite que la destinación que se les dará a las mismas es la establecida por el legislador.

Argumentó que, al dictar la disposición demandada, el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se arrogó atribuciones no conferidas en el artículo 7 de la Ley 91 de 1989, por cuanto éstas solamente están relacionadas con la administración del fondo, sin que implique la facultad para regular el ejercicio del derecho de petición en torno a las cesantías parciales y definitivas; con mayor razón cuando dicha materia, por ser un derecho fundamental, se encuentra reservada para ser regulada por el legislador a través de una ley estatutaria, de conformidad con el numeral 2 del artículo 152 de la Carta Política. De tal suerte que se advierte que el Consejo Directivo actuó por fuera de sus atribuciones legales e invadió la órbita de competencia del legislador.

6.2. La parte demandada

La apoderada de la **Nación - Ministerio de Educación Nacional** manifestó que, por medio del numeral 4 del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, el legislador facultó al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para, entre otras cosas, “[d]eterminar la destinación de los recursos y el



orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo”.

Sostuvo que el Acuerdo 34 de 1998 fue expedido por dos razones fundamentales: (i) la existencia de un trámite específico para el reconocimiento y pago de la cesantías de los docentes del sector oficial, el cual inicia en la entidad territorial respectiva, otrora, a través de los que se denominaban fondos educativos regionales, los cuales existían al momento de la expedición del acto administrativo demandado. Una vez la entidad territorial reconoce la prestación y liquida su monto, remite el proyecto de liquidación a la fiduciaria para ser aprobado u objetado; (ii) el número de docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio asciende a trescientos veinte mil.

En ese sentido, la disposición acusada, la cual establece que los docentes del sector oficial pueden solicitar sus cesantías parciales mínimo cada tres años, fue proferida en ejercicio de las funciones establecidas en el artículo 7 de la Ley 91 de 1989 y con el propósito de cumplir a cabalidad las funciones del fondo, entre las cuales es preciso destacar, además de la mencionada previamente, las siguientes: “[v]elar por el cumplimiento y correcto desarrollo de los objetivos del Fondo” y “[d]eterminar las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo, velando siempre por su seguridad, adecuado manejo y óptimo rendimiento”.

En relación con la supuesta violación de la Ley 1071 de 2006 y el Decreto 2831 de 2005, en primer lugar, señaló que dichas normas fueron proferidas con anterioridad a la expedición del Acuerdo 34 de 1998, por lo cual no es posible alegar que dicho acto administrativo hubiera incurrido en transgresión de las normas mencionadas, pues su legalidad debe examinarse a partir de las normas en que debió fundarse para su expedición. Lo anterior, por cuanto no es aceptable que se confronte la legalidad de un acto administrativo con normas posteriores (ilegalidad sobreviniente), pues la consecuencia no sería la nulidad sino la derogatoria del mismo.

En todo caso, indicó que el Decreto 2831 de 2005, reglamentario de algunas disposiciones de las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, establece el régimen



de prestaciones sociales del sector docente, el cual no prevé la sanción moratoria por la falta de reconocimiento y pago oportuno de las cesantías, pero que, por vía jurisprudencial y en virtud del principio de favorabilidad, se ha extendido la aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial, con el fin de reconocerles dicha sanción.

Señaló que la Ley 91 de 1989 faculta al Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para establecer un orden de prioridad en el pago de las prestaciones sociales de los docentes, mientras que la Ley 1071 de 2006 no prevé dicha facultad para el ente administrador de las cesantías de los demás empleados públicos. En ese orden, sostuvo que no existe enfrentamiento entre ambas, comoquiera que la Ley 91 de 1989 es una norma especial y debe prevalecer sobre la Ley 1071 de 2006, que es de carácter general. Por lo tanto, aunque la Ley 1071 de 2006 no determina una periodicidad para la reclamación de cesantías como sí lo hace la Ley 91 de 1989, esta última debe prevalecer sobre la primera, por ser de carácter especial para los docentes del sector oficial.

Por último, respecto a la infracción del literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, argumentó que el acto administrativo demandado no fija ni modifica el régimen de prestaciones sociales del Magisterio sino que establece una regla de tiempo para presentar la reclamación de cesantías parciales cada tres años una vez se haya efectuado el último pago. De igual manera, la disposición demandada tampoco desconoce lo previsto en los artículos 2 y 10 de la Ley 4 de 1992, pues el Acuerdo 34 de 1998 respeta el derecho del docente a solicitar su cesantía parcial, pues éste no admite discusión, lo que se establece es la regla temporal mencionada previamente.

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO⁴

Luego de hacer un resumen completo de las actuaciones surtidas en el proceso de la referencia, la representante del Ministerio Público solicitó que se declarara la nulidad del inciso 1º del artículo 5 del Acuerdo 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del

⁴ Folios 96 a 103 del expediente.



Magisterio, por cuanto fue expedido con desconocimiento de las normas en que debería fundarse y sin competencia, por las siguientes razones:

- La Ley 91 de 1989 facultó al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para organizar las políticas de administración de los recursos del fondo, pero no para establecer la periodicidad con la cual los docentes pueden realizar los retiros de sus cesantías parciales.
- El Consejo de Estado, a través de varios pronunciamientos, ha establecido que la Ley 1071 de 2006 es aplicable a los docentes del sector oficial, en materia de cesantías y sanción moratoria. Por consiguiente, se infiere que la periodicidad de la solicitud de las cesantías también es la contenida en dicha ley y no en el Acuerdo 345 de 1998 y, aunque la mencionada ley fue proferida con posterioridad a la expedición de acuerdo, lo cierto es que el enunciado normativo de este acto administrativo debe ser anulado, en tanto riñe con la primera.
- La disposición acusada vulnera el derecho de igualdad de los docentes del sector oficial, en tanto no existe un motivo razonable ni proporcional que justifique que sus cesantías parciales sean retiradas cada tres años cuando los demás servidores del Estado no están sujetos a esa restricción temporal.

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Como el Acuerdo 34 de 1998 es un acto administrativo expedido por una autoridad del orden nacional, esta Subsección es competente para conocer del presente proceso privativamente y en única instancia conforme con el numeral 1º del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. PROBLEMA JURÍDICO

La Sala debe establecer si la norma contenida en el inciso primero del artículo 5 del Acuerdo 34 de 1998 fue expedido por el Consejo Directivo del Fondo



Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin tener competencia para ello. En caso de ser negativa la respuesta al anterior interrogante, la Subsección procederá a determinar si dicha disposición desconoce los artículos 13, 83, 84, 123 y 150, numeral 19 literal e); numeral 2 del artículo 152 y 209 de la Constitución Política; el artículo 7 de la Ley 91 de 1989; la Ley 1071 de 2006; los artículos 2 (literal a) y 10 de la Ley 4 de 1992 y el Decreto 2831 de 2005, al disponer que en el trámite de cesantías de los docentes afiliados a dicho fondo, no puede radicarse solicitudes por el trámite ordinario, sino después de tres años contados a partir de la fecha de pago de la anterior.

Para resolver el problema jurídico planteado se abordarán los siguientes temas: (i) Alcance y límites de la potestad reglamentaria y (ii) Facultad del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para restringir temporalmente la radicación de las cesantías parciales.

3. CUESTIÓN PREVIA

Tal como lo sostuvo el Ministerio de Educación Nacional, las normas invocadas como transgredidas por el actor fueron proferidas con posterioridad a la expedición del Acuerdo 34 de 1998, acto administrativo que contiene la disposición cuya legalidad se cuestiona en el proceso de la referencia, pues el cargo de violación de normas superiores está dirigido a controvertir la legalidad haciendo una confrontación con el Decreto 2831 de 2005 y la Ley 1071 de 2006. En criterio del Ministerio de Educación Nacional, para examinar la legalidad de la disposición contenida en el acto administrativo demandado debe hacerse una confrontación entre éste y las normas vigentes al momento de su expedición.

Sin embargo, para la Subsección no le asiste la razón a ese ente ministerial, por cuanto se advierte la configuración del fenómeno de la *anulación por causa legal sobreviniente*, que tiene lugar cuando *“el acto expedido por la administración se ajustaba en todo al ordenamiento jurídico superior que regía a la sanción, pero por un cambio en éste devino ilegal”*⁵. Se predica sobre los actos administrativos de carácter general y la consecuencia es que se deba anular

⁵ BETANCUR, Jaramillo Carlos. *Derecho procesal administrativo*. Octava edición. Señal Editora Ltda. 2013. Páginas 302-303.



el acto de la administración cuando contradiga normas superiores -inclusive aquéllas que fueron expedidas con posterioridad-, las cuales, en todo caso, estén vigentes al momento de ser dictada la sentencia. Por lo anterior, es procedente estudiar la legalidad del inciso primer del artículo 5 del Acuerdo 34 de 1998

4. ALCANCE Y LÍMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

Para realizar un análisis de la potestad reglamentaria y, particularmente, en lo atinente a los límites de la misma, se procederá a reiterar lo considerado por la Sección Tercera, Subsección C, en sentencia del 10 de octubre de 2016, radicado 55813, cuyo Consejero Ponente fue el doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa y lo dicho por la Sección Segunda, Subsección B, en Sentencia del 11 de mayo de 2017, radicado interno 0548-2014, con ponencia del doctor César Palomino Cortés.

En cuanto a la titularidad de la potestad reglamentaria, es decir, de la capacidad de producir normas administrativas de carácter general reguladoras de la actividad de los particulares y base para la actuación de las autoridades, resulta claro que la Constitución de 1991 distribuyó dicha potestad entre las diferentes autoridades y organismos administrativos. Desde esta perspectiva, es posible formular una regla general que nos traslada de inmediato a las competencias del Presidente de la República; y unas reglas de excepción, algunas de ellas previstas en la Constitución y otras en la ley, que le entregan la potestad normativa o reglamentaria a otros sujetos de la función administrativa⁶.

En este orden de ideas, la *regla general en materia reglamentaria* la tiene el Presidente de la República, por dos vías: por una parte, a través de la reglamentación directa de la ley cuando es necesaria para hacer posible su cumplimiento (Constitución, artículo 189. 11), pues en su condición de Suprema Autoridad Administrativa le corresponde “*ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes*”; y por otra parte, en los casos

⁶ SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Compendio de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. 2017. Páginas 214-215.



en que la Constitución le permite desarrollar directamente sus preceptos normativos, caso en el cual la potestad normativa o reglamentaria es directamente de la Constitución⁷, asunto que en algunas oportunidades la jurisprudencia de esta Corporación denominó como deslegalización de materias en favor de la administración, y que, mirado desde otro punto de vista, no es más que el reconocimiento constitucional de la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente, no ya a nivel de la ley, sino del acto administrativo de carácter general, pues orgánica y funcionalmente el acto sería administrativo y no legislativo, excepto que el constituyente le hubiera establecido efectos legislativos, como en el caso del artículo 341 inciso 3º Constitucional.

Por otra parte se encuentran las *reglas de excepción en materia reglamentaria*, estando frente a éstas cuando por mandato constitucional algunos otros organismos del Estado pueden dictar normas con carácter general en asuntos de su competencia⁸.

La jurisprudencia del Consejo de Estado admite que es potestad administrativa de los ministerios y demás dependencias administrativas y no del Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria, reglamentar mediante actos generales los asuntos que legalmente les corresponda. Así lo ha dejado claro la Corporación en multiplicidad de fallos, entre los que se destaca el siguiente:

“(...) Cuando la ley ordena que determinada materia sea regulada por un Ministerio, con ello quiere dar a entender el legislador que se hace innecesario hacer uso de la potestad reglamentaria consagrada en el artículo 189, numeral 11, de la Carta Política, adscrita al Presidente de la República, quien la ejercita con el Ministro o el Director del Departamento Administrativo respectivo. Sabido es que una cosa es hablar del Gobierno, entendiendo éste como presidente y Ministro o Director del Departamento Administrativo respectivo, conforme lo prevé el inciso 3o. del artículo 115 de la Carta Política, y otra muy diferente es hablar de una función administrativa que le corresponde únicamente al Ministro por mandato de la ley, porque aquí juega papel importante uno de los

⁷ Ejemplos de potestad reglamentaria constitucional los encontramos de sobra en las disposiciones transitorias de la Constitución, en donde en varios asuntos se le entrega esta potestad al Presidente de la República.

⁸ Sobre la potestad reglamentaria dispersa, esto es, no en cabeza del Presidente de la República, véase, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de abril de 2010, Exp.: 31223. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.



principios que rigen la actuación administrativa, como es el de la desconcentración de funciones⁹.

Ahora bien, otro punto importante al estudiar la potestad reglamentaria es el referente a su contenido y alcance. Sin duda alguna, dicha potestad normativa está en directa relación con los poderes de orientación política, dirección, estructuración, regulación, diseño y fijación de directrices para el cometido de los fines estatales asignados a la administración; todo esto, dentro del contexto de los principios y parámetros constitucionales y legales respectivos. Es decir, la potestad normativa de la administración o de hacer normas rectoras de la actividad estatal, en cuanto privilegio funcional, es de naturaleza subordinada y dependiente de las normas de carácter superior. Sería absurdo pensar en la posibilidad de una potestad normativa de la administración ausente o inmune al principio de la legalidad.

Por su parte, la Corte Constitucional, en diversos pronunciamientos, ha estudiado el contenido material de la potestad reglamentaria, sosteniendo que se trata de un tema siempre problemático y complejo, sobre todo en la definición de sus límites materiales frente a la ley; no obstante reconoce que, en lo que sí hay consenso, es en que, en toda materia sometida por el Constituyente a reserva de ley, no se admite normativa reglamentaria de no haber sido tratada previamente por el legislador, pues es éste el llamado a producirla y, en consecuencia, que la reglamentación de la administración depende directamente del texto legal, quedando habilitada la administración directa e intemporalmente, no de manera exclusiva el Presidente de la República, por la sola presencia y existencia de la ley, para ejercer la potestad reglamentaria que considera oportuna y necesaria con el propósito de cumplir, hacer viable y ejecutorio los postulados de la norma legal.

En cuanto a sus límites, esta Corporación ha indicado que *"(...) el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria no puede dictar disposición alguna que viole una ley cualquiera, no sólo la que dice desarrollar o ejecutar sino todas las normas que tengan carácter legislativo (...)"*¹⁰ y que so pretexto de

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I. Sentencia del 26 de febrero de 1998. Exp.-4500. Ernesto Rafael Ariza.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I, Sentencia del 15 de mayo de 1997. Exp. 4015-4068, C.P.: Juan Alberto Polo.



reglamentar una norma, el decreto reglamentario no puede, en ejercicio de la facultad mencionada, modificar, ampliar o restringir el sentido de la ley dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en las mismas, porque ello no sería reglamentar sino legislar¹¹.

En este sentido, el Consejo de Estado ha establecido que la potestad reglamentaria se encuentra limitada por dos criterios, a saber: *la competencia y la necesidad*¹². El primero se refiere a la extensión de la regulación que el legislador defiere al ejecutivo *“de manera que le está prohibido, socapa de reglamentar la ley, adicionar nuevas disposiciones, por lo que debe entonces, para asegurar la legalidad de su actuación, limitarse al ámbito material desarrollado por el legislativo”*¹³.

De otra parte, la necesidad del ejercicio de la potestad reglamentaria se funda en el carácter genérico de la ley. Así, si la regulación legal agota el objeto o materia regulada, la intervención del Ejecutivo no deviene indispensable¹⁴. En este sentido, la jurisprudencia de esta Corporación estableció que:

“Los límites del poder reglamentario de la Ley, los señala la necesidad de cumplir debidamente el estatuto desarrollado; si los ordenamientos expedidos por el Congreso, suministran todos los elementos necesarios para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar y por consiguiente, no habrá oportunidad para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Pero, si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer la regulación de esos detalles”.¹⁵

Así mismo, para la Sala resulta oportuno señalar como la reserva de ley constituye un límite a la potestad reglamentaria. En relación con este tema, la jurisprudencia constitucional ha enfatizado que, se *“hace referencia a la prohibición general de que puedan establecerse restricciones a los derechos constitucionales fundamentales en fuentes diferentes a la ley”*¹⁶.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III. Auto del 2 de febrero de 2005. Exp. 28615, C.P.: Alier Eduardo Hernández.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de abril de 2010, Exp.: 36054, C.P.: Enrique Gil Botero.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de Septiembre 5 de 1997, Exp.: 8308. C. P.: Germán Ayala Mantilla y Sección Cuarta, Sentencia de mayo 5 de 2003. Exp.: 13212 C. P.: Ligia López Díaz.

¹⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 21 de agosto de 2008, Exp. 0294-04 y 0295-04, C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-1262 de 2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.



5. FACULTAD DEL CONSEJO DIRECTIVO DEL FONDO NACIONAL DEL MAGISTERIO PARA RESTRINGIR TEMPORALMENTE LA RADICACIÓN DE LAS CESANTÍAS PARCIALES

En primer lugar, es preciso destacar que la Ley 91 de 1989, en su artículo tercero, creó el Fondo Nacional de Prestaciones 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”*.

La citada ley, en el artículo cuarto dispuso que el fondo atiende las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, y en el artículo 5, numeral 1, indicó como objetivo del fondo *“Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado”*.

El artículo 6 de la mencionada Ley prevé la existencia de un Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales y, a continuación, en el artículo 7, se establecen que las funciones del mismo serán:

- “1. Determinar las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo, velando siempre por su seguridad, adecuado manejo y óptimo rendimiento.
2. Analizar y recomendar las entidades con las cuales celebrará los contratos para el funcionamiento del Fondo.
3. Velar por el cumplimiento y correcto desarrollo de los objetivos del Fondo.
4. Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que se garantice una distribución equitativa de los recursos.
5. Revisar el presupuesto anual de ingresos y gastos del Fondo y remitirlo al Gobierno Nacional para efecto de adelantar el trámite de su aprobación.
6. Las demás que determine el Gobierno Nacional.”.

En relación con el cargo de falta de competencia del Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Sala advierte que el Ministerio de Educación, en la contestación de la demanda, sostuvo que, por medio de los numerales 1, 3 y 4 del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, el legislador facultó a



dicho órgano para expedir la disposición acusada, especialmente, en virtud de lo previsto en el numeral 4, que hace referencia a la posibilidad de determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad en que las solicitudes de prestaciones sociales serán atendidas, conforme a la disponibilidad financiera y en aras de lograr una distribución equitativa, sentido con el que, según sostiene dicho ente ministerial, se expidió la norma demandada, la cual establece que la solicitud de cesantías parciales puede hacerse mínimo cada tres años.

Así entonces, la Sala encuentra que con fundamento, principalmente, en el numeral 4 de la Ley 91 de 1989, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 34 de 1998, *"Por el cual se modifican los acuerdos del 11 de enero de 1995 y número 1 del 26 de junio de 1996 sobre el trámite de cesantías parciales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio"*. A través de dicho acuerdo, el mencionado órgano reglamentó el trámite de reconocimiento de las cesantías parciales de los docentes del sector oficial, las cuales, según su destinación, se pueden solicitar por trámite ordinario o prioritario.

Del cuerpo normativo del Acuerdo 34 de 1998, se advierte que por regla general, las solicitudes de reconocimiento y pago de cesantías parciales se las recepciona por trámite ordinario, el cual procede para la adquisición de vivienda, liberación de gravamen hipotecario, construcción en lote o reparaciones locativas. Es la oficina regional quien decide si radica dichas solicitudes por trámite ordinario o prioritario, según la destinación que el interesado le vaya a dar y que así efectivamente lo acredite (artículo 1). Dentro de los siguientes 15 días a la recepción de la petición, el Coordinador del Fondo Prestacional envía los expedientes liquidados y substanciados a la fiduciaria para que otorgue el visto bueno, en el término de 15 días, si lo encuentra conforme a derecho (artículo 2).

Por su parte, la solicitud por trámite prioritario procede en situaciones de: (i) fuerza mayor o caso fortuito que afecten la vivienda del educador, (ii) traslado del docente por amenaza o desplazamiento, lo cual debe estar debidamente acreditado, (iii) urgencia que implique inminente peligro de pérdida de vivienda o que ésta se encuentre en condiciones de inhabilitación y (iv) ejecución a través



de proceso ejecutivo con título hipotecario, siempre que la hipoteca y el embargo estén registrados en el folio de matrícula inmobiliaria (artículo 13).

Ahora bien, aunque en dicho acto administrativo, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio estableció que a la solicitud de cesantías parciales con carácter prioritario "(...) no se aplicará la periodicidad por una sola vez (...)" y que "(...) se podrá radicar en cualquier tiempo"; lo cierto es que en relación con las peticiones de cesantías por trámite ordinario determinó que éstas no podrán radicarse sino después de tres años contados a partir de la fecha de pago de la anterior.

Ahora bien, tomando como punto de partida el artículo 121 de la Constitución Política, que dispone que "[n]inguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley", la Subsección no advierte que del artículo 4 de la Ley 91 de 1989 se desprenda la competencia del Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para proferir el enunciado normativo cuestionado en el presente proceso, pues, tal como lo adujo la parte actora, las funciones previstas en la mencionada Ley están relacionadas con la administración del fondo, sin que impliquen la facultad para regular el ejercicio del derecho de petición en torno a las cesantías parciales y definitivas, a tal punto de invadir la órbita de competencia del legislador.

Efectivamente, la disposición demandada constituye una restricción al derecho fundamental de petición, por cuanto impide presentar las solicitudes relacionadas con las cesantías parciales de los docentes en cualquier tiempo, pues, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional, hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental de petición "*la posibilidad cierta y efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas*"¹⁷; por lo cual el hecho de que al interesado no se le permita presentar una solicitud, ya sea porque la autoridad se niegue a recibirla o que impida su presentación, implica una limitación a ese derecho fundamental y, en consecuencia es un asunto que

¹⁷ Es abundante la jurisprudencia existente sobre el núcleo esencial del derecho de petición. Se pueden consultar, entre otras, las siguientes sentencias: T-147 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-108 de 2006 y T-490 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-1130 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-373 de 2005, M.P. Alvaro Tafur Galvis.



debe ser regulado por el Legislador.

En ese orden, se evidencia que al establecer un límite temporal a la radicación de solicitudes de cesantías parciales a través de la disposición demandada, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vulnera los derechos de los docentes a requerir sus prestaciones a las cuales tienen derecho, especialmente, se advierte una transgresión al derecho fundamental de petición, el cual, además, constituye un asunto que se encuentra bajo reserva de Ley, por lo cual las autoridades administrativas no pueden sustituir al Legislador en lo relativo a la restricción del ejercicio del derecho fundamental de petición.

Por otro lado, se advierte que aunque la autoridad demandada aseguró que el enunciado normativo acusado fue proferido con el propósito de establecer un orden de prioridad en la resolución de las solicitudes y lograr una distribución equitativa de los recursos financieros, lo cierto es que no se logran dichas finalidades, en tanto dicha disposición restringe, de entrada, la posibilidad de radicación en cualquier tiempo de la solicitud de avance de cesantías, lo cual resulta diferente a determinar un orden en la resolución de los requerimientos de las prestaciones sociales. Tampoco es una medida con la que se logre la distribución equitativa de los recursos financieros, pues la posibilidad de los docentes de hacer uso de las prestaciones a las cuales tienen derecho no puede quedar supeditada a la falta de disponibilidad presupuestal, tal como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional en varias oportunidades¹⁸.

En ese orden de ideas, se concluye que de las normas invocadas en el acto administrativo que contiene la disposición demandada y de las mencionadas en la contestación de la demanda, no se advierte que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tuviera competencia para establecer un límite temporal a la radicación de la solicitud de cesantías parciales por parte de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Finalmente, es preciso mencionar que como consecuencia de la falta de

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-014 de 2002. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.



competencia del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales para expedir la disposición acusada, la Sala encuentra que no es necesario analizar los demás cargos formulados.

III. DECISIÓN

De acuerdo con lo expuesto, la Sala declarará la nulidad del inciso 1 del artículo 5 del Acuerdo 34 de 1998 *"Por el cual se modifican los acuerdos del 11 de enero de 1995 y número 1 del 26 de junio de 1996 sobre el trámite de cesantías parciales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*, expedido por el Consejo Directivo del mencionado fondo.

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

FALLA

DECLARAR LA NULIDAD del inciso 1 del artículo 5 del Acuerdo No. 34 de 1998 expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


CÉSAR PALOMINO CORTÉS


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ


CARMELO PERDOMO CUÉTER