



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A**

Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez

Bogotá D.C., 22 de febrero de 2018

Radicación: 17001-23-33-000-2015-00825-01
Número interno: 5085-2016
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Noralba Grajales García
Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento de Caldas- Municipio de Pensilvania.

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-015-2018

ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 25 de agosto de 2016 por el Tribunal Administrativo de Caldas, que denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora Noralba Grajales García en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó a

la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento de Caldas, Municipio de Pensilvania.

Decisiones relevantes en la audiencia inicial

En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de establecer el objeto del proceso y de la prueba.¹ En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo².

En el presente caso a folios 154 a 156 y CD a folio 163 A, el *a quo* señaló lo siguiente respecto de las excepciones:

«[...] Se señala por el director de la audiencia que la FIDUPREVISORA S.A., propuso las que denominó FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL

¹ Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

² Ramírez Jorge Octavio, consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. EJRLB.

DERECHO, PRESCRIPCIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE y GENÉRICA.

A su turno, el DEPARTAMENTO DE CALDAS formuló las denominadas FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY y la PRESCRIPCIÓN.

Finalmente, el MUNICIPIO DE PENSILVANIA (CALDAS) planteó como medio de oposición las que denominó FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA PARA CONCURRIR AL P`ROCESO POR PASIVA y GENÉRICA.

En cuanto a las de COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE e INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY, se refieren a lo que constituye el fondo del asunto, por lo que su estudio quedará subsumido en lo que es el mérito de la controversia.

Respecto a la PRESCRIPCIÓN, esta se resolverá en la medida que prosperen las pretensiones de la demandante.

La GENÉRICA se estudiará seguidamente al abordar el análisis de oficio de las demás excepciones.

«[...]»

En este orden, siendo diáfano que en esta oportunidad no se entra a definir el fondo del asunto, el análisis que se hace en virtud del referido medio exceptivo se ciñe únicamente a la posibilidad de que las entidades llamadas por pasiva y vinculadas, como titulares de intereses en discusión, puedan defenderlos dentro de este trámite procesal, aspecto sustancialmente distinto a que se les imponga o no alguna condena, y al constituir la correcta integración del contradictorio un presupuesto procesal básico para la adopción de una decisión de mérito, se hace menester su vinculación al proceso, con lo cual se declara no probada la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA propuesta por la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FNPSM, el DEPARTAMENTO DE CALDAS y el MUNICIPIO DE PENSILVANIA (CALDAS).

Finalmente, en lo que hace referencia a la CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, planteada por la entidad demandada, esta no opera en el sub lite, en la medida que se demanda un

acto administrativo que reconoció una prestación periódica, en los términos del art. 164 num. 1 literal c) L. 1437/11. [...]»

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo», porque es guía y ajuste de esta última.³

En el *sub lite* a folio 142 a 146 y CD a folio 163 A, en la audiencia inicial se fijó el litigio respecto de las pretensiones, los hechos relevantes y el problema jurídico, así:

Pretensiones

«[...] I. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución n.º 5833-6 de 23 de junio de 2015, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del FNPSM, con la cual se reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a la accionante.

II. Se declare que la nulidisciente tiene derecho a que la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague la cesantía de manera retroactiva a partir de la fecha de su vinculación y liquidada sobre el último salario devengado a la data de la solicitud de la prestación.

A título de restablecimiento del derecho:

I. Se condene a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN –FNPSM- a reconocer y pagar la suma de \$ 45.566.436 por concepto de cesantías debidamente liquidadas con el régimen de retroactividad, desde el 23 de marzo de 1993 data de la vinculación a la docencia oficial y se le cancele la diferencia resultante entre dicho valor y la cantidad efectivamente reconocida con el acto administrativo enjuiciado.

³ Hernández Gómez William, actualmente consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB

II. Se condene a la misma entidad a pagar el mayor valor resultante de la cesantía retroactiva debidamente liquidada desde el momento de la presentación de la demanda y hasta que se efectúe el reconocimiento y pago de las diferencias deprecadas.

III. Se condene a la parte accionada a realizar los ajustes de valor correspondientes de conformidad con el artículo 187 del C/CA.

IV. A dar cumplimiento a la sentencia conforme a los artículos 192 y 195 del C/CA.

V. Condenar en costas a la parte demandada de conformidad con los artículos 188 del C/CA y 365 del CGP. [...]»

Hechos relevantes fijados en la audiencia inicial.

«[...] La nulidiscente ha laborado al servicio de la docencia oficial de manera ininterrumpida desde el 23 de marzo de 1993 hasta la fecha de la presentación de la solicitud.

La señora GRAJALES GARCÍA presentó solicitud para el reconocimiento del auxilio de cesantías, la cual fue resuelta con Resolución n.º 5833-6 de 23 de junio de 2015, en la cual se reconoció y ordenó el pago de la cesantía en cuantía de \$ 11.928.025, acto que fue notificado el 3 de julio de 2015.

Pese a la fecha de vinculación de la accionante, la entidad demandada para liquidar la cesantía dio aplicación al régimen contemplado en la Ley 91/89 (anual) y no aquel contemplado en la Ley 6ª/45, Decreto 2767/45, Ley 65/46, Decreto 1160 de 1947 y Ley 344/96. [...]»

Problema jurídico fijado en el litigio.

«[...] Así, previa indagación de las partes, determina que el litigio se circunscribe a determinar:

- ¿Qué tipo de vinculación al servicio público de educación tiene la demandante (nacional, nacionalizada, territorial)?

- ¿Cuál era el régimen jurídico aplicable a la liquidación de las cesantías de la parte actora?

Determinado ello,

- Le asiste derecho a la parte demandante a que se reliquide el auxilio de cesantías aplicándole el régimen retroactivo? [...]»

SENTENCIA APELADA⁴

El *a quo* profirió sentencia en la audiencia inicial, en la que denegó las pretensiones de la demanda y declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el Departamento de caldas y el Municipio de Pensilvania (Caldas), con base en los siguientes argumentos:

Después de realizar un recuento de la normativa y la jurisprudencia referentes al reconocimiento de las cesantías en el régimen retroactiva de los docentes, consideró que según la fecha en que la demandante ingresó a prestar sus servicios como docente el 23 de 1993, el reconocimiento y pago de sus cesantías está sujeta a una liquidación anual y sin retroactividad, toda vez, que con base en el ordinal 3.º, literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, el régimen anualizado de cesantías se aplica para todos los docentes que se vinculen al magisterio a partir del 1.º de enero de 1990 y para los docentes vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero solo respecto a las cesantías generadas a partir del 1.º de enero de 1990.

Por tanto, concluyó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio liquidó de forma correcta el auxilio de cesantías de la demandante, toda vez que su vinculación se presentó después de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, por lo cual, no le es aplicable la liquidación de las cesantías en forma retroactiva.

⁴ Folios 142 a 145

Finalmente, condenó en costas a la parte demandante.

RECURSO DE APELACIÓN⁵

La parte demandante solicitó revocar la sentencia de primera instancia por considerar que ostenta el carácter de docente territorial toda vez que fue nombrada por el alcalde de Pensilvania (Caldas), como docente municipal y en esa medida la Ley 91 de 1989, que creó el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, no se refirió al régimen prestacional de los docentes territoriales, el cual, a su juicio, es el vigente en la respectiva entidad territorial, conforme lo señala el artículo 6.º de la Ley 60 de 1993.

En efecto, indicó que solo a través de la Ley 60 de 1993, se autorizó al personal docente territorial la vinculación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual, conservó el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial, que en materia de cesantías se encontraba consagrado en la Ley 6ª de 1945 y sus decretos reglamentarios y que se mantuvo vigente hasta la entrada en vigencia de la Ley 344 del 27 de diciembre de 1996.

Por tanto, arguyó que por ser una docente vinculada con anterioridad a la expedición de la Ley 344 de 1996, tiene derecho a que las cesantías le sean liquidadas retroactivamente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante: No presentó alegatos de conclusión en segunda instancia, como se observa a folio 225.

Municipio de Pensilvania (Caldas)⁶: Su apoderado, reiteró los argumentos señalados en la contestación de la demanda.

⁵ Folios 309 a 326

Departamento de Caldas: No presentó alegatos de conclusión en segunda instancia, como se observa a folio 225.

Concepto del Ministerio Público⁷: La procuradora segunda delegada ante el Consejo de Estado, solicitó confirmar la sentencia apelada, por considerar que la vinculación de la demandante como docente se produjo con posterioridad al 1.º de enero de 1990 y en esa medida le es aplicable el régimen anualizado de cesantías conforme lo señala el ordinal 3.º, literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁸, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

Problema jurídico

Conforme al recurso de apelación, el problema jurídico que se debe resolver en esta instancia, se resume en la siguiente pregunta:

¿La demandante tiene derecho a la reliquidación de sus cesantías definitivas conforme al régimen retroactivo, a pesar de su vinculación

⁶ Folios 210 a 2011

⁷ Folios 214 a 224

⁸ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

al magisterio con posterioridad de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989?

Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: A la demandante no le asiste el derecho a la reliquidación de sus cesantías con base en el régimen retroactivo, por los argumentos que se señalan a continuación.

Régimen de cesantías aplicable a los empleados públicos.

La Ley 6ª de 1945 en el artículo 17 señaló que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, gozarían, entre otras prestaciones, de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, para lo cual solamente se tendría en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1.º de enero de 1942⁹.

Mediante el Decreto 2767 de 1945 se determinaron las prestaciones sociales de los empleados departamentales y municipales y, el artículo 1.º les hizo extensivas las prestaciones consagradas por el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, lo cual incluyó el auxilio de cesantías¹⁰. Y en el artículo 6.º de la misma ley se señalaron las situaciones que se tendrían como despido para efectos de la liquidación del auxilio.

Por su parte, la Ley 65 de 20 de diciembre de 1946 modificó las disposiciones sobre cesantías y en el artículo 1.º extendió dicho beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios y, el Decreto

⁹ ARTICULO 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

a).Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1o. de enero de 1942. [...]

¹⁰ Artículo 1.º Con las solas excepciones previstas en el presente decreto, los empleados y obreros al servicio de un Departamento, Intendencia, Comisaría o Municipio tiene derecho a la totalidad de las prestaciones señaladas en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, y el artículo 11 del Decreto 1600 del mismo año para los empleados y obreros de la Nación. A la entidad que alegue estar comprendida en uno de los casos de excepción, de corresponderá probarlo.”

2567 de 31 de agosto de 1946 dictó normas sobre prestaciones a favor de los empleados oficiales, y definió los parámetros para la liquidación de las cesantías¹¹.

El Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947 señaló el mismo derecho para los empleados al servicio de la Nación de cualquiera de las ramas del poder público, sin importar si se encontraban inscritos en carrera administrativa o no, y sea cual fuere la causa de su retiro.

Este régimen de cesantías tenía un carácter retroactivo, por cuanto tenía en cuenta, para efectos de liquidar la prestación por todo el tiempo de servicio, el último sueldo devengado.

Mediante el Decreto 3118 de 1968 se creó el Fondo Nacional del Ahorro - FNA, como un establecimiento público, vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico. Dentro de sus objetivos, el artículo 2.º señaló:

«[...]

- a. Pagar oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales;
- b. Proteger dicho auxilio contra depreciación monetaria, mediante el reconocimiento de intereses sobre las sumas acumuladas a favor del empleado o trabajador;
- c. Contribuir a la solución del problema de vivienda de los servidores del Estado;
- d. Contribuir a la mejor organización y funcionamiento de los sistemas de seguridad social y a la futura unificación de sus servicios;

¹¹ El auxilio de cesantía a que tengan derecho los empleados y obreros al servicio de la Nación, los Departamentos y los Municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce meses.

- e. Saldar el déficit actual por concepto de cesantías del sector público y establecer sistemas adecuados y reservas suficientes para atender oportunamente el pasivo a cargo del Estado por tal concepto, y
- f. Promover el ahorro nacional y encauzarlo hacia la financiación no inflacionaria de proyectos de especial importancia para el desarrollo económico y social.

[...]»

En el mencionado decreto se determinó que se debían liquidar y entregar al Fondo Nacional del Ahorro las cesantías de empleados públicos y trabajadores oficiales de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado del orden Nacional, excepto las de los miembros de las Cámaras Legislativas, de los empleados de las mismas, de los miembros de las Fuerzas Militares, la Policía y el personal civil del ramo de la Defensa Nacional.

Respecto a la liquidación de las cesantías el artículo 27 del citado Decreto 3118 de 1968, señaló:

«[...] Liquidaciones anuales. Cada año calendario contado a partir del 1 de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados.

La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador [...]»

Con la expedición del Decreto 3118 de 1968 empezó en el sector público el desmonte de la llamada retroactividad de las cesantías para dar paso a un sistema de liquidación anual. Proceso que continuó con las disposiciones que modificaron la naturaleza y cobertura del Fondo Nacional del Ahorro y

permitieron la vinculación a los empleados de las entidades territoriales y sus entes descentralizados (Ley 432 de 1998 y Decreto 1453 de 1998).

A su vez, el artículo 13 de la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996, señaló que a partir de su publicación, las personas que se vinculen a las entidades del Estado, tendrían un régimen anualizado de cesantías, en virtud del cual, la liquidación definitiva de las mismas debía realizarse el 31 de diciembre de cada año.

Posteriormente, se expidió el Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998, reglamentario de la anterior, que hizo extensivo el régimen anualizado de cesantías para los empleados públicos de nivel territorial, e indicó que el régimen de los vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se hubieran afiliado a un fondo de cesantías, sería el contemplado en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990.

En el caso de aquellos que se hubieran vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad y que decidieran acogerse al previsto en dicha ley, el artículo 3.º del Decreto 1582 de 1998 indicó el siguiente procedimiento:

«[...]

- a) La entidad pública realizará la liquidación definitiva de las cesantías a la fecha de la solicitud de traslado;
- b) La entidad pública entregará el valor de la liquidación a la administradora seleccionada por el trabajador;
- c) En lugar de entregar dicha suma de dinero, las entidades territoriales podrán emitir a favor de cada uno de los servidores públicos que se acojan a este régimen, un título de deuda pública por el valor de la liquidación de las cesantías, con las características que se señalan más adelante, previo el cumplimiento de los trámites legales necesarios para su expedición [...]

El postulado transcrito fue reiterado por esta Corporación mediante sentencia de unificación jurisprudencial de 25 de agosto de 2016¹², bajo los siguientes términos:

«[...] En ese orden, se puede decir que los empleados que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, están cobijados por el régimen anualizado de liquidación de cesantías, al igual que los vinculados con anterioridad pero que se hubieran acogido al régimen anualizado, y para efecto de la liquidación y pago de esa prestación se rigen por lo que en esa materia consagra la Ley 50 de 1990 y normas concordantes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998 [...]»

Por su parte, el Decreto 1252 de 30 de junio de 2000 en el artículo 2.º, conservó el régimen de cesantías retroactivas para los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000 lo disfrutaban, hasta la terminación de la vinculación laboral.

En el mismo sentido, el Decreto 1919 de 27 de agosto de 2002, que extendió el régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, a los servidores del orden territorial, en el artículo 3º previó: «[...] Los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000 [...]».

Régimen de cesantías de los docentes

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia del 25 de agosto de 2016, Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16, demandante: Yesenia Esther Hereira Castillo, demandado: Municipio de Soledad.

Conforme a lo señalado por esta Subsección¹³, el artículo 1.º de la Ley 91 de 29 de diciembre de 1989 «por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio» distinguió entre docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, en la siguiente forma:

«[...] Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

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

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

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

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

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

Ahora bien, pese a que allí no se indicó el régimen de cesantías aplicable a los docentes que la misma norma calificó como territoriales, lo cierto es que el artículo 4.º ib. creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 19 de octubre de 2017, Consejero ponente William Hernández Gómez, número interno 5010-2015; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 27 de noviembre de 2017, Consejero ponente William Hernández Gómez, número interno 0472-2016.

para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la ley, con observancia del régimen ya señalado y de los que se vincularan con posterioridad a ella.

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

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

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

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

De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el ordinal 3.º de este mismo artículo señaló:

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

B.- Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990,

el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional [...]»

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

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

Así mismo, el personal docente que continuaba con vinculación departamental, distrital y municipal¹⁴ sería incorporado al Fondo Nacional de

¹⁴ Docentes designados por los entes territoriales sin el cumplimiento de las previsiones del artículo 10 de la Ley 43 de 1975, esto es, en plazas nuevas que no contaran con el aval de la Nación, los que conservaban el régimen prestacional de cada entidad territorial.

Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. Por su parte, el artículo 115 de la Ley 115 de 1994 al limitar el régimen especial de los educadores estatales en cuanto al régimen estatal indicó que era el que allí se señalaba y el previsto en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

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

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

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

De acuerdo con las consideraciones planteadas y a la luz del presente asunto, se observa que:

1.- A través del Decreto 023 del 23 de marzo de 1993¹⁵ expedido por el alcalde del municipio de Pensilvania (Caldas), la demandante fue nombrada como docente en la Escuela «La Mesa», cargo del cual tomó posesión en la misma fecha, según el Acta n.º 18 que obra a folio 30.

2.- Se evidencia a folio 27 y vuelto del expediente la Resolución n.º 5833-6 de 23 de junio de 2015, expedida por el secretario de educación del Departamento de Caldas en nombre y representación de la Nación, por medio de la cual reconoció y ordenó el pago de \$ 22.494.742 por concepto de las cesantías parciales de la demandante, liquidadas, con el sistema anualizado.

De lo anterior se colige, que tal como lo ha señalado esta Subsección en asuntos similares¹⁶, de que a pesar de que la demandante fue nombrada por el alcalde del Municipio de Pensilvania (Caldas) como docente del mismo ente territorial en el año de 1993, este nombramiento se realizó:

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

ii). Con las facultades legales otorgadas por el artículo 9.º de la Ley 29 de 1989 a los alcaldes y gobernadores para nombrar, trasladar, remover, controlar y, en general administrar el personal docente y administrativo de los

¹⁵ Folios 28 y 29

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 19 de octubre de 2017, Consejero ponente William Hernández Gómez, número interno 5010-2015; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 27 de noviembre de 2017, Consejero ponente William Hernández Gómez, número interno 0472-2016.

establecimientos educativos nacionales o nacionalizados y cuyo nombramiento contaba con el aval del Ministerio de Educación Nacional.

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

Finalmente, no le asiste razón a la parte demandante al señalar que por ser una docente vinculada con anterioridad a la expedición de la Ley 344 de 1996, tiene derecho a que las cesantías le sean liquidadas retroactivamente, porque el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 excluyó de su aplicación a los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989, es decir, a partir del 1.º de enero de 1990.

En conclusión

En el presente asunto, toda vez que la demandante se vinculó como docente el 23 de marzo de 1993, es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, se le aplica para el reconocimiento de cesantías las normas vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden la Subsección confirmará la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda.

De la condena en costas.

Esta Subsección en providencia con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez¹⁷ tuvo la oportunidad de sentar posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de condena en costas por lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

¹⁷ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP¹⁸, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso se condena en costas en segunda instancia a la demandante, toda vez que resulta vencida en el proceso de la referencia y la entidad demandada «Municipio de Pensilvania (Caldas)» intervino dentro del trámite de la segunda instancia.

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

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 25 de agosto de 2016 por el Tribunal Administrativo de Caldas, que denegó las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó la señora Noralba Grajales García contra la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento de Caldas y Municipio de Pensilvania.

¹⁸ “**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

Segundo: Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante y a favor de las entidades demandadas; las cuales se liquidarán por el *a quo*.

Tercero: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa “Justicia Siglo XXI” y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

