



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

Consejero ponente: William Hernández Gómez

Bogotá, D.C., 12 de abril de 2018

Radicación: 19001-23-33-000-2014-00104-01
Número interno: 0483-2016
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Cristóbal Chantré Campo
Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag) y del departamento del Cauca-secretaría de educación y cultura
Tema: Cesantías retroactivas de docente

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-042-2018

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 10 de noviembre de 2015, por el Tribunal Administrativo del Cauca, que accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor Cristóbal Chantré Campo 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 (CPACA), demandó a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag) y el departamento del Cauca-secretaría de educación y cultura.

Pretensiones¹

- 1.- La nulidad del oficio 3749 de 4 de octubre de 2013 (radicado 34148 de 20-08-2013), que le negó el reconocimiento y pago de sus cesantías retroactivas.
- 2.- Declarar que el demandante tiene derecho al reconocimiento de las cesantías retroactivas por todo el tiempo de servicios prestado como docente, desde su vinculación y liquidada con el último salario devengado.
- 3.- Que la suma reclamada sea actualizada con el Índice de Precios al Consumidor (IPC).
- 4.- Se reconozcan intereses sobre la suma adeudada y condene en costas a la demandada.

Fundamentos fácticos²

¹ Ff. 11 y 12.

² Ff. 11 a 19.

1.- Prestó sus servicios como docente de tiempo completo en el colegio departamental agrícola del municipio de Patía, desde el 31 de enero de 1994, nombrado por el gobernador del Cauca.

2.- El 20 de agosto de 2013, pidió del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Secretaría de Educación del Cauca, el reconocimiento de sus cesantías bajo el régimen retroactivo.

3.- Mediante oficio 3749 de 4 de octubre de 2013, el secretario de educación y cultura del departamento del Cauca, respondió que el régimen aplicable al auxilio reclamado es el de la liquidación anual.

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 prueba³. 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 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

³ Hernández Gómez William, consejero de Estado, sección Segunda. Módulo: Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB.

miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo⁴.

En el presente caso a folio 174 vuelto el *a quo* declaró no probadas las excepciones previas de ineptitud de la demanda y falta de legitimación en la causa por pasiva propuestas por la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fomag y probada la de falta de legitimación por pasiva interpuesta por el Departamento del Cauca. Frente a las de inexistencia de la obligación con fundamento en la ley y de prescripción, anunció que serías resueltas; decisiones que no fueron objeto de recurso.

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 última⁵.

En el *sub lite* a folio 175, consta que si bien, ante la ausencia del apoderado de la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fomag, no se fijó el litigio, se plantearon los siguientes interrogantes como problemas jurídicos a decidir, convalidados con el silencio de la parte actora y el Ministerio Público:

¿El demandante, tiene derecho o no a la corrección del régimen [...] de cesantías, para establecer si el acto administrativo demandado, se encuentra ajustado a Derecho o por el contrario debe declararse su nulidad?

¿Al actor le es aplicable el régimen de retroactividad para la liquidación de las cesantías?

⁴ Ramírez Jorge Octavio, consejero de Estado, sección cuarta. Módulo: El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. EJRLB.

⁵ Hernández Gómez William, consejero de Estado, sección segunda. Módulo: Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB

La anterior decisión se notificó en estrados y las partes no presentaron recursos.

SENTENCIA APELADA⁶

El *a quo* profirió sentencia en la audiencia inicial, en la cual declaró la nulidad del acto administrativo demandado y ordenó a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fomag «[...] tener en cuenta al momento de liquidar las cesantías parciales o definitivas del [actor], que el régimen de cesantías que se le debe aplicar es el de retroactividad», y condenó en costas a la demandada.

Consideró el Tribunal, que el actor no es un docente nacional ni nacionalizado, habida cuenta que se vinculó como docente del departamento del Cauca, mediante Decreto 47 de 20 de enero de 1994, en el colegio departamental agrícola de la Fonda del municipio de Patía, empleo en el que se posesionó el 31 de enero siguiente, por lo que la liquidación de sus cesantías es retroactiva, de acuerdo con el régimen contenido en las Leyes 6ª de 1945, 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947, en armonía con la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, comoquiera que se debe respetar el régimen prestacional de la respectiva entidad territorial contenido en las normas antes mencionadas, en consideración a que se vinculó antes del 31 de diciembre de 1996, y no le es aplicable la Ley 91 de 1989, por tratarse de un docente de índole departamental.

RECURSO DE APELACIÓN⁷

Inconforme con la decisión la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fomag solicitó revocar la sentencia de primera instancia, dado que el demandante ostenta la condición de docente territorial vinculado el 31 de enero de 1994, esto es, en fecha posterior al 1.º de enero de 1990, por lo que

⁶ Ff. 175 vuelto y 176 y CD (minutos 1:04:06 a 1:29:28).

⁷ Ff. 174 a 194.

le es aplicable para la liquidación de sus cesantías la letra b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 modificada por la Ley 812 de 2003, es decir, liquidadas anualmente al 31 de diciembre de cada año sin retroactividad y con el reconocimiento de intereses, por tratarse de un régimen especial.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandada⁸: Presentó su escrito de manera extemporánea, tal como consta en el informe de secretaría visible en el folio 233.

La **parte demandante** y el **Ministerio Público** guardaron silencio, como también lo informa el secretario de la sección⁹.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁰, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

Asimismo, conforme a lo preceptuado por el artículo 328 del Código General del Proceso (CGP)¹¹, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

⁸ Ff. 229 a 232.

⁹ F. 233.

¹⁰ 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.

¹¹ «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.[...]

Problema jurídico

Conforme al recurso de apelación, el problema jurídico que se resuelve en esta instancia, se resume en el siguiente interrogante:

¿El demandante tiene o no derecho a que sus cesantías se liquiden con el régimen retroactivo, pese a que su vinculación al magisterio fue posterior a la entrada en vigor de la Ley 91 de 1989?

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

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 1942¹².

Mediante el artículo 1 del Decreto 2767 de 1945 se extendieron la totalidad de las prestaciones sociales consagradas en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 a los empleados de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios, que incluyó el auxilio de cesantías¹³.

¹² «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. [...]».

¹³ 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

Posteriormente, la Ley 65 de 20 de diciembre de 1946 modificó las disposiciones sobre cesantías, beneficios que también fueron extendidos a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios; el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946 definió los parámetros para su liquidación¹⁴; y el Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947 previó que se tendría derecho a dicho auxilio, el empleado inscrito o no en carrera administrativa, sea cual fuere la causa de su retiro, con la aclaración de que el monto de la prestación era equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente al tiempo laborado, si era inferior a ese lapso.

Visto lo anterior, este régimen de cesantías era de carácter retroactivo, por cuanto para su liquidación se tenía en cuenta todo el tiempo de servicio y el último salario devengado.

Luego, el Decreto 3118 de 1968 creó el Fondo Nacional del Ahorro (FNA), como un establecimiento público vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico, que dentro de sus objetivos, en 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;

obreros de la Nación. A la entidad que alegue estar comprendida en uno de los casos de excepción, de corresponderá probarlo.”

¹⁴ 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.

d. Contribuir a la mejor organización y funcionamiento de los sistemas de seguridad social y a la futura unificación de sus servicios;

e. Salvar 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.

[...]»

Dicho precepto (Decreto 3118 de 1968) también ordenó que se debían liquidar y entregar al FNA las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del estado del orden nacional, con excepción de las de los miembros de las cámaras Legislativas y de sus empleados, los miembros de las Fuerzas Militares, la Policía y el personal civil del ramo de la defensa nacional.

Con relación a la liquidación de las cesantías, el artículo 27 del citado Decreto 3118 de 1968, dispuso:

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.

Así las cosas, con la expedición del referido Decreto 3118 de 1968, empezó en el sector público el desmonte de la retroactividad de las cesantías para dar paso al sistema de liquidación anualizado, que en principio no era aplicable a los servidores públicos del orden territorial, quienes se encontraban sujetos al régimen de cesantías dispuesto en las Leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946, esto es, al retroactivo, no obstante, con las disposiciones que modificaron su naturaleza y cobertura, permitieron la afiliación a este de los empleados de las entidades territoriales y sus entes descentralizados (Ley 432 de 1998 y Decreto 1453 de 1998).

Por otra parte, la Ley 50 de 1990 cambió el régimen de cesantías en el sector privado al anualizado, cuyas características fueron explicadas en su artículo 99 de la siguiente manera:

El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo [...].

Por otro lado, el artículo 13 de la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996¹⁵, extendió el régimen de cesantías fijado en la Ley 50 de 1990 a los servidores

¹⁵ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones».

públicos vinculados con posterioridad a su entrada en vigor (31 de diciembre de 1996), en virtud del cual, la liquidación definitiva debía realizarse el 31 de diciembre de cada año.

Posteriormente, se expidió el Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998¹⁶ que amplió el régimen de cesantías de que trata la Ley 50 de 1990 (anualizado) a los servidores públicos del orden territorial, así:

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.

En el caso de aquellos que se hubieran vinculado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad y que decidieran acogerse al previsto en la precitada Ley 344 de 1996, el artículo 3 del Decreto 1582 de 1998 previó 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 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.

¹⁶ «Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia».

Lo anterior, fue acogido por esta Corporación, que en sentencia de unificación jurisprudencial de 25 de agosto de 2016¹⁷, señaló:

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.

Visto lo anterior, coexisten dos regímenes de cesantías, las retroactivas que son dables para quienes se vincularon a la administración pública hasta el 30 de diciembre de 1996 y las anualizadas creadas por la Ley 50 de 1990, inicialmente para el sector privado y que la Ley 344 de 1996 extendió a los servidores públicos vinculados con posterioridad a su entrada en vigor (31 de diciembre de 1996), incluidos los del nivel territorial.

Sin embargo, para aquellos servidores con vinculación anterior a la Ley 344 de 1996 y beneficiarios del régimen retroactivo, el Decreto 1582 de 1998, les concedió la posibilidad de acogerse u optar por el régimen anualizado de cesantías, previa solicitud, liquidación total de la prestación y entrega del emolumento al fondo de su elección, tal como lo previó en su artículo 3, como procedimiento necesario para el precitado cambio.

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

¹⁷ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia de 25 de agosto de 2016, radicación 8001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16, demandante: Yesenia Esther Hereira Castillo, demandado: Municipio de Soledad.

Y en el mismo sentido, el Decreto 1919 de 27 de agosto de 2002, que extendió el régimen de prestaciones sociales 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 que: «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

Conforme a lo señalado por esta subsección¹⁸, 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, de 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 1º 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 1º de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

Asimismo, en el párrafo del artículo 2 *eiusdem* estipuló cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la mencionada Ley 91 de 1989, así:

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.

¹⁸ Sentencias de la sección segunda, subsección A: (i) de 19 de octubre de 2017 (número interno 5010-2015) y 27 de noviembre de 2017 (número interno 0472-2016), consejero ponente: William Hernández Gómez, y (ii) de 19 de enero de 2015 (número interno 4400-2013) y 25 de marzo de 2010 (número interno 0620-2009), consejero ponente: Gustavo Gómez Aranguren.

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 legislador creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de esta ley (91 de 1989), con observancia del régimen ya señalado y «de los que se vinculen con posterioridad a ella» (subraya fuera de texto), tal como lo previó el artículo 4 *ibidem*.

En similar sentido, esto es, el 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 atañe a las cesantías, el numeral 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-

Visto lo anterior, se concluye: (i) que 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, esto es, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Posteriormente, el artículo 6 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.

En este sentido, el personal docente que continuaba con vinculación departamental, distrital y municipal¹⁹ sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

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, que en el 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 *eiusdem*, el reconocimiento de las cesantías y los intereses, quedaba a cargo de la entidad territorial, cuando no se realizara dicho traslado.

De acuerdo con las consideraciones planteadas en el asunto *sub examine* se evidencia, que:

1.- El demandante fue nombrado como docente de tiempo completo (por conversión de horas cátedra) en el colegio departamental agrícola de la Fonda del municipio de Patía, mediante Decreto 47 de 20 de enero de 1994 por el gobernador del Cauca y posesionado en el empleo el 31 de enero siguiente, actos administrativos adosados con la demanda (ff. 3 a 5).

2.- A través del Decreto departamental 495 de 1º de junio de 2007, el actor fue incorporado a la planta de personal docente de los municipios no certificados del departamento del Cauca, con cargo al sistema general de participaciones (ff. 131 a 136)

¹⁹ 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.

3.- Por Resolución 1975 de 25 de marzo de 2010, el demandante fue trasladado dentro de la planta de docentes y directivos docentes del departamento del Cauca financiada con recursos del sistema general de participaciones del sector educativo, a la «INSTITUCIÓN EDUCATIVA AGRÍCOLA CAMILO TORRES- código DANE 219532000434- SEDE COLEGIO INTEGRADO AGRICOLA CAMILO TORRES», del mismo municipio de Patía, cargo en el que se posesionó el 29 de marzo de 2010 (ff. 129 a 130).

4.- De acuerdo con el «formato único para la expedición de certificado de historia laboral» (ff. 137 a 141), el demandante ingresó al servicio docente el 31 de enero de 1994, nombrado por la secretaría de educación departamental del Cauca en el municipio de Patía, incorporado desde el 25 de junio de 2007 en la IE la Fonda y trasladado a partir del 1 de abril de 2010 al IES Camilo Torres, para un total de 23 años, 5 meses, y 195 días ininterrumpidos, al 22 de junio de 2013 (fecha de la expedición de la certificación).

3.- El 20 de agosto de 2013, bajo radicación 3414 pidió del Fomag-secretaría de educación departamental del Cauca que se le reconociera el régimen retroactivo para la liquidación de sus cesantías, negado mediante oficio 3749 de 4 de octubre siguiente por el secretario de educación y cultura de la referida entidad territorial (ff. 6 a 8).

Así las cosas, como lo ha señalado esta subsección en asuntos similares²⁰, no es procedente acceder a reconocer el régimen retroactivo de las cesantías al actor, comoquiera que su nombramiento como docente del departamento del Cauca, se realizó:

²⁰ Sentencias de la sección segunda, subsección A: (i) de 22 de febrero de 2018 (número interno 5085-2016), 30 de noviembre de 2017 (número interno 4992-2015), 27 de noviembre de 2017 (número interno 0472-2016) y 19 de octubre de 2017 (número interno 5010-2015), consejero ponente: William Hernández Gómez; y (ii) de 19 de enero de 2015 (número interno 4400-2013) y 25 de marzo de 2010 (número interno 0620-2009), consejero ponente: Gustavo Gómez Aranguren.

i) Con posterioridad al proceso de nacionalización desarrollado por la Ley 43 de 1975, que 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 a partir del 1.º de enero de 1990.

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 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 condición de empleado público.

Por último, tampoco es de recibo para la Sala, como lo consideró el *a quo*, que el demandante al ingresar al servicio docente con anterioridad a la expedición de la Ley 344 de 1996, tiene derecho a que las cesantías le sean liquidadas retroactivamente, habida cuenta que 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, esto es, a partir del 1.º de enero de 1990.

En conclusión: En el presente asunto, contrario a lo decidido por el *a quo* el reconocimiento de las cesantías del demandante se rige por las normas vigentes para los empleados públicos del orden nacional (régimen

anualizado), es decir, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, como lo arguye el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag), toda vez que el demandante se vinculó (el 31 de enero de 1994) con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 91 de 1989.

Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden, la subsección revocará en su integridad la sentencia de primera instancia, que accedió a las pretensiones de la demanda y, en su lugar, las negará.

De la condena en costas.

Esta subsección en providencia de 7 de abril de 2016²¹, sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, determinó el criterio objetivo-valorativo, para la imposición de condena en costas, bajo los siguientes fundamentos:

- 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.

²¹ Al respecto ver sentencia de 7 de abril de 2016, expedientes: 4492-2013, actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, consejero ponente: William Hernández Gómez.

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).

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 CGP²², 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 es aplicable el numeral 4 del artículo 365 del CGP²³, no se condenará en costas de segunda instancia al demandante al resultar vencido, toda vez que si bien el recurso de apelación prosperó, la parte demandada no intervino dentro del trámite de la alzada.

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

²² «**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:[...]»

²³ «4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias [...]»

Primero: Revocar la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2015 por el Tribunal Administrativo del Cauca, que accedió a las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó el señor Cristobal Chantré Campo contra la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag)-secretaría de educación departamental del Cauca.

Segundo: Denegar las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en las consideraciones.

Tercero: No condenar en costas de segunda instancia.

Cuarto: 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