

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



CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., seis (6) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 70001 23 33 000 2014 00137-01 (2632-15)
Actor: Enrique Manuel Jiménez Sánchez
Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
Departamento de Sucre

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 26 de marzo de 2015 por el Tribunal Administrativo de Sucre, por medio de la cual denegó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

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, el señor Enrique Manuel Jiménez Sánchez formuló demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en orden a que se declare la nulidad de la Resolución 0982 del 12 de noviembre de 2013, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial, en cuanto se liquidó con el sistema anualizado y no con el retroactivo, al que tenía derecho.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó declarar que su vinculación docente es territorial, de conformidad con lo previsto en la Ley 91 de 1989 y, por tal razón, ordenar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Secretaría de Educación de Sucre, liquidar, reconocer y pagar sus cesantías con base en el régimen de retroactividad, establecido en las Leyes 6 de 1945 y 344 de 1996; condenar a la demandada al pago de intereses moratorios desde la ejecutoria de la sentencia, en los términos descritos en los artículos 192 y 195, numeral 4, del C.C.A.¹ y el pago de costas procesales, en la forma descrita en el artículo 188 *ibidem*, en concordancia con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

¹ La Sala entiende que se trata del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues se trata de una demanda instaurada en vigencia de esta disposición.

1.1.2. Hechos

Los hechos que fundamentaron las pretensiones son, en síntesis, los siguientes:

Fue vinculado como docente mediante Decreto 168 del 17 de septiembre de 1992, del municipio de San Marcos, Sucre; fue afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y este ha reconocido sus prestaciones económicas, de conformidad con la Ley 91 de 1989.

El 24 de julio de 2013, radicó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una petición orientada a reclamar el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías parciales para compra de vivienda; tal solicitud estuvo orientada a que su prestación se liquidara con el sistema de retroactividad.

La Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, departamento de Sucre, Secretaría de Educación departamental, expidió la Resolución 0982 del 12 de noviembre de 2013, mediante la cual liquidó sus cesantías parciales con el sistema anual y no con el de retroactividad al que tiene derecho, en aplicación de las Leyes 6 de 1945 y 344 de 1996.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales, se señalaron los artículos 1, 25, 48, 53 y 58 de la Constitución Política; 17 de la Ley 6ª de 1945 y las Leyes 91 de 1989 y 344 de 1996.

Al desarrollar el concepto de violación, adujo que su nombramiento docente se produjo a través del Decreto 168 del 17 de septiembre de 1992, de manera

que atendiendo la clasificación establecida en el artículo 1 de la Ley 91 de 1989 es un docente territorial y le asisten los derechos y prerrogativas reconocidas a estos.

Indicó que según la resolución acusada, aparece como si hubiera sido docente municipal del situado fiscal y ello nunca ocurrió de tal manera, pues su remuneración siempre se pagó con recursos propios del municipio de San Marcos y con aquellos provenientes de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, como consta en el acto de su nombramiento.

Así las cosas, en su condición de docente territorial, vinculado desde 1992 y antes del 30 de diciembre de 1996, sus cesantías deben ser liquidadas con retroactividad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, según el cual la incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de los docentes con vinculación territorial, se haría con respeto del régimen prestacional de la respectiva entidad territorial.

Citó un concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil el 15 de noviembre de 2006 y de allí concluyó que teniendo en cuenta su tipo de vinculación y la fecha en que ingresó a prestar el servicio como docente, su régimen para la liquidación de las cesantías es el de retroactividad, razón por la cual se demostró la violación del ordenamiento jurídico y, por ende, se deben anular los actos censurados.

1.2. Contestación de la demanda

1.2.1. Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La apoderada de la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda², y señaló que las prestaciones sociales de los docentes están a cargo de ese fondo y los trámites relacionados con la solicitud y el reconocimiento de ellas, están previstos en los artículos 56 de la Ley 962 de 2005 y 2 del Decreto 2831 de 2005; además, el tema relacionado con el reconocimiento de las cesantías, está consagrado en el numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

En lo que respecta al caso concreto, precisó que su vinculación laboral se produjo el 21 de septiembre de 1992, es decir, en forma posterior al 31 de diciembre de 1989 y esta fecha era el último plazo para ser beneficiario de la aplicación del régimen de retroactividad para la liquidación de las cesantías; con fundamento en lo anterior, se debe concluir que debido a la fecha de vinculación del demandante, está amparado por el régimen de liquidación anual de su prestación, que es el que se ha aplicado por parte de la administración.

En lo que concierne al pago de las cesantías, este se realiza cuando exista disponibilidad presupuestal, respetando el orden cronológico de aprobación y recepción de las resoluciones, según la directriz dada en la Circular 01 del 23 de abril de 2002, del Consejo Directivo del Fondo, por virtud de la cual, atendió la sentencia SU 014 del 23 de enero de 2001.

Con fundamento en lo anterior, concluyó que no se pueden generar intereses moratorios o indexación, cuando la suma reconocida al demandante es la que legalmente le corresponde y se pagó una vez se contó con la disponibilidad presupuestal para el efecto; como consecuencia de ello, no se puede concluir

² Mediante memorial de folios 72 a 81.

negligencia por su parte, pues el reconocimiento de las cesantías debe seguir el procedimiento establecido en la ley y contar con el presupuesto para el pago.

1.2.2. Departamento de Sucre

El ente territorial demandado se opuso a las pretensiones de la demanda³ y manifestó que su Secretaría de Educación Departamental tan solo se encarga de tramitar las prestaciones sociales de los docentes que prestan sus servicios en el departamento, pues, por mandato legal, le está encomendada la función de expedir el acto administrativo a través del cual se reconocen tales prestaciones, según lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 962 de 2005.

Consecuentes con lo anterior, consideró que la entidad que representa no está legitimada en la causa por pasiva, para actuar en el litigio, y, por ende, no se debió vincular al ente territorial ni a su secretaría de educación, razón por la cual solicitó declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Sucre, mediante sentencia de 26 de marzo de 2015⁴, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Magisterio y, en consecuencia, denegó las pretensiones de la demanda.

Consideró que la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y rigió en materia de reconocimiento de prestaciones sociales de docentes nacionales, nacionalizados y todos aquellos vinculados con posterioridad a su entrada en vigencia, lo cual se desprende del enunciado del literal B del artículo 15 *ibidem*.

³ Folios 83 a 85.

⁴ Folios 142 a 148 vuelto.

Con fundamento en lo anterior, y al analizar el caso concreto del demandante, señaló que como su vinculación se produjo a partir del 21 de septiembre de 1992, a causa del nombramiento efectuado a través del Decreto 168 del 17 de septiembre de ese año, está sometido al sistema de liquidación anual de cesantías consagrado en la Ley 91 de 1989.

Finalmente, indicó que el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, que establece un nuevo régimen de cesantías para las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, excluye de su aplicación a los docentes destinatarios de la Ley 91 de 1989, como es su caso, y que es esta la norma que determina, de manera clara, cuáles son los docentes beneficiarios del régimen de cesantías retroactivas y cuáles no lo son.

1.4. El recurso de apelación

El demandante, actuando por conducto de apoderado, interpuso recurso de apelación⁵, que sustentó en que el Tribunal interpretó de manera restrictiva el artículo 15, numeral 3, literal b) de la Ley 91 de 1989, desconociendo que el artículo 1 de esa disposición distingue tres categorías de docentes, entre ellas, el personal territorial, que es aquel nombrado por los departamentos, distritos y municipios, pagados con recursos propios de las entidades territoriales y, por ende, beneficiarios de la Ley 6 de 1945 y la Ley 344 de 1996.

Aseguró que las previsiones de la Ley 91 de 1989 no estaban destinadas a los docentes territoriales sino a los nacionales y nacionalizados, lo que se deduce del hecho de que a los territoriales no les permitía la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, por ello, la Ley 91 de 1989 solo hizo una enunciación en torno de estos; además, fue solo con la

⁵ Folios 166 a 176.

expedición de la Ley 60 del 12 de agosto de 1993 que se les permitió su afiliación a ese fondo y en ella se determinó que a ese personal le sería respetado el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

Agregó que el Gobierno Nacional demoró aproximadamente dos años para reglamentar esa incorporación y afiliación de los docentes territoriales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; sin embargo, cuando las entidades territoriales han vinculado a sus empleados a ese fondo, lo ha sido en desconocimiento de sus derechos adquiridos, pues se les aplica un régimen de cesantías diferente al que les corresponde; por lo tanto, en su caso se debe aplicar el principio de favorabilidad, garantizar sus derechos adquiridos y, por ende, reconocer sus cesantías con base en el régimen de retroactividad.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

1.5.1. La entidad demandada

La Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio recorrió el término para alegar⁶ y solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

Aseguró que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 aplica para los docentes que de vincularon con posterioridad a su entrada en vigencia -1 de enero de 1990- y que los factores que en ella se determinaron, así como en las normas que la han reglamentado, son las que se deben tener en cuenta para el reconocimiento de prestaciones sociales -cesantías y pensiones-.

1.5.2. El señor Enrique Manuel Jiménez Sánchez

⁶ Folios 221 a 226.

El demandante guardó silencio en esta etapa procesal⁷.

1.6. El Ministerio Público

El agente del Ministerio Público no rindió concepto⁸.

La Sala decide, previas las siguientes

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

Se circunscribe a establecer si el demandante tiene la condición de docente territorial y si por esa causa puede ser beneficiario de la liquidación de cesantías parciales con el sistema de retroactividad, de conformidad con lo previsto en la Ley 6^a de 1945.

2.2. Marco normativo

La Ley 6 de 1945 «por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo», en el artículo 12, literal f), estableció, a favor de los trabajadores oficiales, el derecho al auxilio de cesantías a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio y, proporcionalmente, por fracciones de año, y el artículo 17, literal a), *ibidem*, consagró que ese auxilio se reconocería a todos los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

⁷ Folio 227.

⁸ Folio 227.

El Decreto 1160 de 1947 «sobre auxilio de cesantías», en su artículo 6, señaló que para liquidar las cesantías se toma como base el último sueldo o jornal, salvo que hubiera sufrido modificaciones en los 3 últimos meses, caso en el cual se toma el promedio de lo devengado en los últimos 12 meses o en todo el tiempo servido, si fuere menor a ese lapso.

Ahora bien, el Decreto 3118 de 1968 creó el Fondo Nacional de Ahorro, y dentro de los objetivos que estableció para la administración de sus recursos, fijó los siguientes: «pagar oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales»⁹, y «proteger dicho auxilio contra depreciación monetaria»¹⁰; con tales finalidades, el artículo 3 *ibidem* determinó que las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado debían ser liquidadas y entregadas al Fondo; asimismo, en su artículo 22 ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social realizar, con corte a 31 de diciembre de 1968, la liquidación de cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales afiliados a ella.

Con lo previsto en los artículos 27, 28 y 33 *ibidem* empezó el llamado «desmonte del régimen de retroactividad de cesantías», pues se dispuso la liquidación anual de esta prestación para los empleados y trabajadores de las entidades aludidas previamente, y la liquidación definitiva por la porción de tiempo laborada durante el año del retiro, así como el reconocimiento de

⁹ Artículo 2 literal a) del Decreto 3118 de 1968.

¹⁰ Artículo 2 literal b) del Decreto 3118 de 1968.

intereses anuales del 9%, a ser liquidados el 31 de diciembre de cada año, sobre el saldo que figure a favor de cada empleado.

El Decreto 432 de 1998 «por el cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones», mantuvo el objetivo de administrar, de manera eficiente, las cesantías¹¹, y, dentro de sus funciones, las de recaudo y pago de ese auxilio a los afiliados, al igual que la protección contra la pérdida de su valor adquisitivo¹². Además, en los artículos 6 y 7 *ibidem*, fijó un monto por concepto de intereses, con el propósito de evitar la pérdida del poder adquisitivo del auxilio de cesantías depositado, y un porcentaje a título de intereses sobre las cesantías.

Ahora bien, la Ley 344 de 1996 «por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones», dio un paso adicional encaminado a generalizar el sistema de liquidación anual del auxilio de cesantías para los servidores públicos, al consagrar, en su artículo 13, lo siguiente:

Artículo 13.- Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

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

b) **Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías**, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen **que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo**; (negrilla de la Sala).

¹¹ Artículo 2 del Decreto 432 de 1998.

¹² Artículo 3, literales a), b) y c) del Decreto 432 de 1998.

La norma vigente a la fecha de expedición de la ley previamente citada, que estableció el régimen anual de cesantías, era la Ley 50 de 1990, en cuyo artículo 99 consagró:

Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1. 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.
2. 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.
3. 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.**
4. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos. (Negrilla de la Sala).

El Decreto 1582 de 1998 reglamentó los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, y precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus artículos 99, 102 y 104, y para liquidar las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, es la Ley 432 de 1998, artículo 5 y siguientes.

No obstante, para aquellos empleados que venían con una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1996, cuando entró a regir la citada Ley 344 de 1996, se

les continuaría respetando el régimen de liquidación del auxilio de cesantías consagrado en normas anteriores¹³.

En todo caso, se abrió la posibilidad de que tales servidores públicos¹⁴ se acogieran al régimen anualizado de liquidación de cesantías y para este efecto debían proceder en la forma descrita en el artículo 3 del Decreto 1582 de 1998, que es la siguiente:

Artículo 3º.- En el caso de servidores públicos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad, **que decidan acogerse al régimen de cesantía de dicha ley**, se procederá de la siguiente forma:

- 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 (se resalta).

Además, a aquellos servidores cobijados por el régimen de liquidación retroactiva de cesantías se les continúa respetando este, por virtud de lo

¹³ Es decir, el sistema de liquidación retroactiva, consagrado en Ley 6 de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

¹⁴ Aquellos que tuviera vinculación laboral anterior a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996.

dispuesto en los artículos 2¹⁵ del Decreto 1252 de 2000 y 3¹⁶ del Decreto 1919 de 2002.

Ahora bien, en lo que respecta al personal docente, se debe indicar que el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como «una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital» que estaría a cargo del pago de las prestaciones sociales¹⁷ que se causaran a favor del personal docente **nacional y nacionalizado**, a partir de la promulgación de esa ley.

La aludida ley, en su artículo 1, numeral 3, precisó que los docentes territoriales son aquellos «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» y en el artículo 2 *ibidem* consagró lo relativo al reconocimiento de las prestaciones por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los siguientes términos:

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

[...]

¹⁵ «**Artículo 2.-** Los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas continuarán en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional.»

¹⁶ «**Artículo 3.-** 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.»

¹⁷ De acuerdo con el artículo 5, numeral 1, de la Ley 91 de 1989.

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

En lo que tiene que ver con las cesantías, su reconocimiento se estableció en el artículo 15 *ibidem*, en los siguientes términos:

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

3. Cesantías:

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

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, **pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. 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 de 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.** (Resalta la Sala).

La Ley 60 de 1993, en su artículo 6º, en torno a los docentes territoriales determinó que «[serían] incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se les [respetaría] el régimen prestacional vigente

para la respectiva entidad territorial»; no obstante en el artículo 3, numeral 5, *ibídem*, en torno a los de la planta de personal de los establecimientos educativos territoriales, que fueran remunerados con recursos del situado fiscal, señaló que tenían el carácter territorial, en los siguientes términos:

La prestación de los servicios educativos estatales y las obligaciones correspondientes, con cargo a los recursos del situado fiscal, se hará por los departamentos, caso en el cual los establecimientos educativos y la planta de personal tendrán carácter departamental, distribuida por municipios, de acuerdo con las necesidades de prestación del servicio; de todas maneras la administración del personal docente y administrativo se hará conforme a lo previsto en el artículo 60. de la presente Ley.

Ahora bien, el artículo 175 de la Ley 115 de 1994, estableció la posibilidad de que los docentes que laboran en los establecimientos públicos educativos oficiales en los niveles de preescolar, de educación básica en los ciclos de primaria y secundaria y de educación media, se afiliaran al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; sin embargo, solo hasta el Decreto 196 del 25 de enero de 1995, se reglamentaron los artículos 6 y 176 de las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994, y en lo que respecta a la afiliación de los docentes territoriales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, determinó lo siguiente:

Artículo 5º.- Docentes departamentales, distritales y municipales financiados con recursos propios. **Los docentes departamentales, distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio,** previo el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. **A estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tengan al momento de la incorporación** y no se les podrá imponer renuncias o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos a

que se refiere el artículo 9º del presente Decreto. Los docentes que se vinculen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con posterioridad a la incorporación de que trata el inciso inmediatamente anterior, deberán cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica y se afiliarán con sujeción al régimen establecido en la Ley 91 de 1989, en sus decretos reglamentarios y en las disposiciones que los modifiquen, adicionen o sustituyan. (Resalta la Sala).

Valga aclarar que el aludido decreto, también se refirió a la clasificación de docentes que estaba contenida en la Ley 91 de 1989, pues, en su artículo 3º lo previó así:

Artículo 2º.- Definiciones. Para los efectos de la aplicación del presente Decreto, los siguientes términos tendrán el alcance indicado en cada uno de ellos:

Docentes nacionales y nacionalizados: Son aquellos que han venido siendo financiados con recursos de la Nación y que se financian con recursos del situado fiscal, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 60 de 1993.

Docentes Departamentales, Distritales y Municipales:

a) Son los docentes vinculados por nombramiento de la respectiva entidad territorial con cargo a su propio presupuesto y que pertenecen a su planta de personal;

b) **Son igualmente los docentes financiados o cofinanciados por la Nación-Ministerio de Educación Nacional**, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales. (Se resalta).

Ahora bien, la Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de «los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley».

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003, estableció:

Artículo 1°.- Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4° y 5° del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1°.- La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar. (Negrilla fuera de texto).

Parágrafo 2°.- Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

Artículo 5°. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento: (...)

2.3. Hechos probados

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

El 17 de septiembre de 1992¹⁸, el alcalde del municipio de San Marcos, Sucre, expidió el Decreto 168, por el cual nombró al demandante en el cargo de

¹⁸ Folio 17.

maestro en la escuela Santa Inés, quien tomó posesión el 21 de ese mes y año, según consta en el acta 208, de la fecha¹⁹.

El 12 de noviembre de 2013²⁰, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió la Resolución 0982, por la cual reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a favor del señor Enrique Manuel Jiménez Sánchez. En sus consideraciones, expresó:

Que mediante solicitud radicada 2013-CES-026850 de fecha 24 de Julio de 2013, el señor ENRIQUE MANUEL JIMÉNEZ SÁNCHEZ, identificado con cédula de ciudadana 18.755.200 expedida en San Marcos, solicita el reconocimiento y pago de la cesantía parcial para compra de vivienda, que le corresponde por sus servicios prestados como docente MUNICIPAL SITUADO FISCAL en el Centro Educativo Las Balsas ubicado en el municipio de San Marcos.

[...]

Que según certificado expedido la (sic) División de Recursos Humanos de la Secretaría de Educación Departamental, el peticionario comprueba que prestó sus servicios durante 20 años, 03 meses y 10 días, lapso comprendido **desde el 21 de Septiembre de 1992 hasta 30 de diciembre de 2012**, en forma CONTINUA.

En el acto también se señaló que al demandante no le han pagado cesantías parciales y que las que tenía reportadas eran las respectivas a los años 2008 a 2012, cuyo saldo correspondía a \$9.523.868.

2.4. Caso concreto

Previo a resolver el problema jurídico planteado, la Sala considera necesario señalar que tal como se demostró con las pruebas allegadas referidas en el acápite anterior, el demandante fue vinculado a la docencia oficial, a través de

¹⁹ Folio 18.

²⁰ Folios 14 y 15.

nombramiento efectuado por el alcalde del municipio de San Marcos, Sucre, realizado **con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989**, pues su vinculación ocurrió en septiembre de 1992.

Con fundamento en lo anterior, es forzoso concluir que su régimen de cesantías es el establecido en el artículo 15, numeral 3, literal B, de esa disposición, es decir, el de liquidación anual.

Al respecto, es necesario precisar que si bien es cierto la Ley 60 de 1993 y el Decreto 196 de 1995 regularon lo relativo a la afiliación de los docentes territoriales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, también lo es que tales previsiones tan solo cobijaban, en esa materia, a aquellos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989²¹, pues es evidente que las previsiones de esta regían a todos aquellos docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990, como bien lo señala el enunciado del artículo 15²² y la parte inicial de su literal B²³, sin importar que estos fueran nacionales, nacionalizados o territoriales.

La Sala no desconoce que tanto la Ley 91 de 1989, como el artículo 3 del Decreto 196 de 1995 contienen la clasificación de docentes, como nacionales, nacionalizados y territoriales; sin embargo, ello no quiere decir que tal enunciación hubiera tenido el propósito de aplicar, a estos últimos, el régimen prestacional de la entidad territorial correspondiente, sino a realizar una diferenciación que tendría repercusión, en particular, para aquellos que venían

²¹ 30 de diciembre de 1989.

²² «**Artículo 15.** A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado **y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990** será regido por las siguientes disposiciones».

²³ «Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990».

con una vinculación anterior²⁴.

Así las cosas, la Sala debe precisar que si bien es cierto la incorporación de los docentes territoriales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se produciría a partir de lo dispuesto en la Decreto 196 de 1995, garantizaba el régimen prestacional que tuvieran al momento de su incorporación, también lo es que en el caso del actor, para efecto de sus cesantías, este no era otro que el régimen anualizado contemplado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues su vinculación laboral se produjo con posterioridad a esa disposición.

En efecto, las pruebas demuestran que la vinculación laboral del señor Jiménez Sánchez, como docente al servicio del municipio de San Marcos, Sucre, ocurrió el 21 de septiembre de 1992, es decir, con posterioridad al 1 de enero de 1990, fecha establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, para que entrara en rigor el sistema de liquidación de cesantías allí contemplado, en caso de nuevas vinculaciones docentes; por lo tanto, es forzoso concluir que el actor se debe someter al régimen anualizado allí establecido.

Las consideraciones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda, en cuanto la administración reconoció las cesantías parciales del demandante con base en el régimen anualizado y no el de retroactividad que este pretendía.

3. De la condena en costas

²⁴ Entendiéndose anterior, aquella producida previamente a la vigencia de la Ley 91 de 1989.

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016²⁵, respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Asimismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que 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 estas, que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Conforme a las anteriores reglas, y atendiendo lo dispuesto en los numerales

²⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

1 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso²⁶, la Sala condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, teniendo en cuenta la actuación de la entidad en segunda instancia²⁷ y comoquiera que el recurso interpuesto se resolvió en forma desfavorable a su pretensión.

4. Conclusión

Con los anteriores argumentos se concluye que el señor Enrique Manuel Jiménez Sánchez no tiene derecho al reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías parciales con base en el régimen de retroactividad, razón por la cual se confirmará la providencia recurrida que denegó las pretensiones de la demanda y se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante.

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

FALLA

Primero.- Confirmar la sentencia proferida el 26 de marzo de 2015 por el Tribunal Administrativo de Sucre, que denegó las pretensiones de la demanda, en el proceso promovido por Enrique Manuel Jiménez Sánchez, contra la Nación Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones

²⁶ «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».

²⁷ Presentó alegatos de conclusión.

Sociales del Magisterio, de conformidad con las consideraciones de esta providencia.

Segundo.- Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante, las cuales deberán ser liquidadas por el Tribunal Administrativo de Sucre.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
HERNÁNDEZ**

GABRIEL VALBUENA

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

DDG