



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

CONSEJERO PONENTE: JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 52001-23-33-000-2020-00103-01 (6206-2022)
Demandante: Servio Ortiz Segura
Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Secretaría de Educación del departamento de Nariño y la Fiduciaria la Previsora S.A.

Temas: Régimen de cesantías con retroactividad de docente oficial.
Condena en costas.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio “FOMAG”, contra la sentencia proferida el 25 de mayo de 2022 por el Tribunal Administrativo de Nariño, que accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor Servio Ortiz Segura instauró demanda 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, con el fin de que se acceda a las siguientes:

PRETENSIONES

Que se declare la nulidad de la Resolución 2235 del 28 de octubre de 2019, por medio de la cual la Secretaría de Educación del departamento de Nariño, reconoció y ordenó el pago de \$41.621.457 por concepto de cesantías parciales.

Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a las demandadas: i) reconocer, reliquidar y pagar las cesantías parciales a favor del docente desde el 19 de agosto de 1978 hasta la fecha, con régimen de retroactividad, en una cuantía equivalente a \$149.319.007; ii) actualizar las sumas reconocidas y aplicar los reajustes que prevé la Ley 71 de 1988 y iii) cancelar los intereses moratorios conforme lo disponen los artículos 176, 177 y 178 del CCA¹.

¹ Así se señala expresamente en la demanda.



Radicación: 520012333000202000103 01 (6206-2022)
Demandante: Servio Ortiz Segura

HECHOS

La demanda se fundamenta en los hechos que se resumen de la siguiente manera:

Que, el actor presta sus servicios como docente, grado 14, para el Centro Educativo Santander, Secretaría de Educación Departamental de Nariño desde el 4 de septiembre de 1978 hasta la fecha.

Que, el 23 de octubre de 2019 solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales causadas desde el 19 de enero de 1978 hasta la actualidad, con destino a la construcción de vivienda.

Que, mediante Resolución 2235 del 28 de octubre de 2019, la Secretaría de Educación del Departamento de Nariño, reconoció y ordenó el pago de cesantías parciales, con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con fundamento en el régimen anualizado.

TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA

Mediante auto del 25 de agosto de 2020 se admitió² la demanda y se notificó a las entidades demandadas.

La **Secretaría del Departamento de Nariño**, se opuso a las pretensiones, bajo el argumento de que el acto se expidió con base en el régimen anualizado del cual es beneficiario el demandante. Que, de acuerdo con el convenio interadministrativo de los docentes municipales cofinanciados, el demandante registra como fecha de posesión y afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, el 1 de enero de 1994. Que, si el municipio de Policarpa realizó de forma tardía la afiliación al FOMAG, deberá asumir el pago de las sumas reclamadas. Propuso como excepciones: i) la falta de legitimación en la causa por pasiva; ii) indebida integración del litis consorcio necesario; iii) «RESTRICCIÓN LEGAL PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN PRETENDIDA»; iv) falta de causa para demandar; v) legalidad del acto administrativo acusado; vi) aplicación del principio del *non bis in idem*; vii) cobro de lo no debido y viii) genérica³.

El Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y la Fiduprevisora guardaron silencio.

En auto del 12 de julio de 2021⁴, se dispuso diferir a la etapa de fallo la excepción mixta de falta de legitimación en la causa por pasiva y declarar no probada la excepción de falta de integración del litis consorcio necesario. En proveído del 13 de octubre de 2021⁵, se incorporaron las pruebas, se optó por dictar sentencia anticipada y se corrió traslado para alegar de conclusión.

El Ministerio Público emitió concepto de fondo⁶ solicitando acceder a las pretensiones por considerar que se acreditó que el demandante se vinculó al servicio docente el 19 de enero de 1978 por lo que le resulta aplicable el régimen

² Documento denominado «09. Auto Admisorio» contenido en el índice 17 de SAMAI – Tribunal Administrativo de Nariño.

³ Documento denominado «11ContestacionSecretariaEducacion» *ibidem*.

⁴ Documento denominado «15AutoResuelveExcepcionesPrevias» *ejusdem*.

⁵ Documento «21Auto Corre Traslado Previo a dictar sentencia» *ibid*.

⁶ Archivo digital 26.



Radicación: 520012333000202000103 01 (6206-2022)
Demandante: Servio Ortiz Segura

de cesantías con retroactividad.

SENTENCIA OBJETO DE IMPUGNACIÓN

El Tribunal Administrativo de Nariño en sentencia del 25 de mayo de 2022⁷ accedió a las pretensiones bajo el argumento de que el demandante es beneficiario del régimen retroactivo de cesantías porque se vinculó como docente territorial desde el 19 de agosto de 1978, es decir, que se encuentra dentro del supuesto normativo previsto en el artículo 15, numeral 3, literal a) de la Ley 91 de 1989, que dispone que serán beneficiarios de aquel sistema los docentes cuya vinculación se haya efectuado con anterioridad al 31 de diciembre de 1989, consecuente con lo cual, ordenó realizar una nueva liquidación de las cesantías con fundamento en el régimen aplicable al demandante y pagar la diferencia a que hubiere lugar.

Indicó que el llamado a responder por el pago de la condena no es otro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues así se determinó en el convenio interadministrativo suscrito en 1997 entre el Ministerio de Educación Nacional y el Municipio Policarpa; documento con el cual se pretendió garantizar la afiliación o incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de aquellos docentes que hasta ese momento eran financiados con recursos propios del municipio. Luego, aclaró que *«la cofinanciación no trae como consecuencia la pérdida de la calidad de docente territorial, puesto que no existe un nuevo nombramiento en este caso, sino ratificaciones y reubicaciones»*.

Finalmente, afirmó que en el caso concreto no operó el fenómeno de prescripción.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La Nación- Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio “FOMAG”⁸, solicitó «REVOCAR Y/O MODIFICAR» la sentencia de primera instancia.

Como fundamento de lo anterior, inició explicando la naturaleza del FOMAG y, a continuación, sostuvo que al demandante le resulta aplicable el artículo 15, literal b) de la Ley 91 de 1989 teniendo en cuenta que prestó sus servicios desde el 2 de enero de 1994, como se acredita en el expediente.

Que resulta improcedente la reliquidación de las cesantías por cuanto para ello se tuvo en cuenta los factores que fueron cotizados al sistema. Tampoco es procedente la sanción por mora en razón a que el régimen que la cobija es el previsto en la ley 91 de 1989, como quiera que su vinculación *-insiste-* tuvo lugar en el año 1994.

Y, que solo serán beneficiarios del régimen retroactivo de cesantías los docentes nacionalizados y territoriales vinculados, en su orden, hasta el 31 de diciembre de 1989 y 31 de diciembre de 1996, condición que, conforme a las pruebas obrantes en el proceso, no fue acreditada por el demandante. Motivo por el cual debe revocarse la decisión impugnada y, en su lugar, negarse las pretensiones de la demanda.

⁷ Documento denominado «27sentencia» *ibidem*.

⁸ Documento denominado «30RecursoApelacionParteDemandada» *ejusdem*.



Radicación: 520012333000202000103 01 (6206-2022)
Demandante: Servio Ortiz Segura

Respecto de la condena en costas, consideró que a la fecha no existe un criterio unificado, por lo que debe acogerse el pronunciamiento que sobre el asunto ha desarrollado la Subsección B, de la Sección Segunda de esta Corporación⁹, en la que se estima adecuado valorar la conducta de las partes.

TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

En auto del 28 de noviembre de 2022¹⁰, se admitió el recurso de apelación, sin pronunciamiento de las partes ni del Ministerio Público.

CONSIDERACIONES

Corresponde determinar: i) si el demandante, en su calidad de docente oficial tiene derecho a la reliquidación del auxilio de cesantías conforme al régimen retroactivo y ii) si procede la condena en costas a la demandada en primera instancia, por haber resultado vencida en el proceso.

Marco normativo y jurisprudencial

La Ley 6.^a de 1945 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), de dicha norma, consagró que ese auxilio se reconocería a todos los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

El Decreto 1160 de 1947, en su artículo 6.^o 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.

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 cesantías a empleados públicos y trabajadores oficiales»¹¹, y «proteger dicho auxilio contra depreciación monetaria»¹². Con tales finalidades, el artículo 3.^o del decreto en mención 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. Igualmente, 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 de la citada norma 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

⁹ No identifica la sentencia de donde extrajo el aparte citado.

¹⁰ Índice 4 de SAMAI.

¹¹ Artículo 2 literal a) del Decreto 3118 de 1968.

¹² Artículo 2 literal b) del Decreto 3118 de 1968.



Radicación: 520012333000202000103 01 (6206-2022)
Demandante: Servio Ortiz Segura

laborada durante el año del retiro, así como el reconocimiento de intereses anuales del 9%, a ser liquidados el 31 de diciembre de cada año, sobre el saldo que figure a favor de cada empleado.

Por su parte, el Decreto 432 de 1998, mantuvo el objetivo de administrar, de manera eficiente, las cesantías¹³, 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 adquisitivo¹⁴. Además, en los artículos 6.º y 7.º, se 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.

La Ley 344 de 1996, 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).

La norma vigente a la fecha de expedición de la norma 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.**

¹³ Artículo 2 del Decreto 432 de 1998.

¹⁴ Artículo 3, literales a), b) y c) del Decreto 432 de 1998.



Radicación: 520012333000202000103 01 (6206-2022)
Demandante: Servio Ortiz Segura

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 debía remitirse 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.º 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 anteriores¹⁵.

En todo caso, se abrió la posibilidad de que tales servidores públicos¹⁶ se acogieran al régimen anualizado de liquidación de cesantías y para este efecto debían proceder en la forma descrita en el artículo 3.º 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 sigue garantizando éste, en virtud de lo dispuesto en los artículos 2.º del Decreto 1252 de 2000¹⁷ y 3.º del Decreto 1919 de 2002¹⁸.

En lo que respecta al personal docente, debe indicarse que el artículo 3.º de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el

¹⁵ 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.

¹⁶ Aquellos que tuvieran vinculación laboral anterior a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996.

¹⁷ «**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.»

¹⁸ «**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.»



Radicación: 520012333000202000103 01 (6206-2022)
Demandante: Servio Ortiz Segura

cual estaría a cargo del pago de las prestaciones sociales¹⁹ que se causaran a favor del personal docente **nacional y nacionalizado**, a partir de la promulgación de esa ley.

La aludida norma, en su artículo 1.º, numeral 3.º, 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.º 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:

[...]

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 hicieron 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. (Destaca la Sala).

En lo que tiene que ver con las cesantías, el reconocimiento a favor de **todos los docentes**, sin discriminar si se trata de territoriales, nacionales o nacionalizados, se estableció en el artículo 15 de la legislación bajo estudio, 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**

¹⁹ De acuerdo con el artículo 5, numeral 1, de la Ley 91 de 1989.



Radicación: 520012333000202000103 01 (6206-2022)
Demandante: Servio Ortiz Segura

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).

Es importante precisar que cuando la norma se refirió a los docentes **vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1990** hizo alusión a **todos** aquellos cuya relación laboral iniciara en forma posterior a esa fecha, sin importar si se trata de nacionales, nacionalizados o territoriales (municipales o departamentales) y por ello la Sala entiende que además de los nacionales y nacionalizados a que se refiere la primera frase de la norma, adiciona o incluye a aquellos que se vincularan al servicio docente con posterioridad a la fecha límite allí establecida, y en torno a estos no se hizo diferenciación en relación con la autoridad de la que proviniera el nombramiento del docente, por lo que ha de entenderse que se trata de todos, sin discriminación alguna.

La Ley 60 de 1993, en su artículo 6.º, 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.º, numeral 5.º de dicha norma, acerca de 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 6o. de la presente Ley.

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.º y 176 de las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994, y en lo que respecta a la afiliación de los docentes territoriales a dicho fondo, determinó:

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 renunciaciones o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los



Radicación: 520012333000202000103 01 (6206-2022)
Demandante: Servio Ortiz Segura

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 3.º 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).

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 1º. - 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 4º y 5º del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1º. - 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).



Radicación: 520012333000202000103 01 (6206-2022)
Demandante: Servio Ortiz Segura

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: (...). [Negrita fuera de texto].

Resolución al caso concreto

La Nación, Ministerio de Educación, FOMAG, afirmó que: i) de conformidad con las pruebas obrantes en el proceso no se acreditó su vinculación como docente²⁰ nacionalizada antes del 31 de diciembre de 1989 o territorial antes del 31 de diciembre de 1996, motivo por el cual no le resulta aplicable el régimen retroactivo de liquidación de las cesantías; ii) es improcedente la reliquidación de cesantías por cuanto para ello se tuvo en cuenta todos los factores cotizados al sistema, así mismo, no procede la sanción moratoria y iii) tampoco hay lugar a la imposición de condena en costas acogiendo lo la posición de la Subsección B, de la Sección Segunda de esta Corporación²¹, que prevé que la conducta de las partes debe ser valorada.

En lo que respecta al primer argumento, la prueba recaudada permite tener por acreditado que:

- El señor Servio Ortiz Segura fue nombrado en propiedad como docente desde el 19 de agosto de 1978 y actualmente, desempeña su labor en el Centro Educativo Santander en la ciudad de Policarpa, Nariño²².
- A través de los Decretos 089 y 086 del 6 de noviembre de 2012 y 6 de noviembre de 2013, respectivamente, la Alcaldía de Policarpa aclaró los Decretos 031 y 09 de 1979, 012 de 1984, 082 de 1987, 004 de 1988, 002 de 1990 y 008 de 1989 en el sentido de indicar que las posesiones realizadas al demandante obedecieron a una ratificación y reubicación como docente²³.

²⁰ Se advierte que aun cuando en el escrito de la apelación se indicó como demandante la señora «*Aracely del Carmen Obando Guevara*», lo cierto es que efectuada una lectura integral del mismo, en garantía del derecho al acceso a la administración de justicia y aplicación del principio de la primacía del derecho sustancial sobre el procedimental, es viable inferir que la entidad incurrió en un error que no tiene la entidad suficiente para que la Sala se abstenga de analizar los razonamientos de inconformidad, pues dentro de aquel relaciona con claridad los datos que caracterizan el mismo, el acto demandado, la decisión de primera instancia y las razones que le llevan a pedir la revocatoria de esta; motivo por el cual se entenderá que se refiere al señor Servio Ortiz Segura.

²¹ No identifica la sentencia de donde extrajo el aparte citado.

²² Tal como consta en la certificación expedida el 10 de febrero de 2014 por el Secretario de Educación del Departamento de Nariño, obrante en el folio 1 del documento denominado «06AnexosDemanda».

También pueden verse para el efecto:

- Certificación expedida el 12 de octubre de 2012 por la Alcaldía Municipal de Policarpa y el jefe de Archivo de la misma entidad, dentro de la cual se relacionan los actos de nombramiento y las fechas de labor, obrante en ellos folios 69 a 71 *ibidem*.

- Formato Único para la expedición de certificado de historia laboral del 8 de octubre de 2019 obrante en ellos folios 37 a 39 del documento denominado «11ContestacionSecretariaEducacion».

- Formato Único para la expedición de certificado de historia laboral del 19 de noviembre de 2015, obrante a folios 58 y 59 *ibid*.

- Constancia emitida el 11 de agosto de 2010 por la Secretaría de Gobierno Municipal de Policarpa, Nariño, obrante en el folio 112 del documento denominado «12 HOJA DE VIDA SERVIO ORTIZ»

²³ Folios 12 a 20 y 32 a 39 *eiusdem*.



Radicación: 520012333000202000103 01 (6206-2022)
Demandante: Servio Ortiz Segura

- Mediante Decreto 085 del 6 de noviembre de 2013, la Alcaldía de Policarpa clarificó *“en razón de legalizar la situación administrativa con carácter de nombramiento en propiedad que ostenta la docente desde el año 1978 sin ninguna interrupción hasta la actualidad”*. De igual manera, que ordenó la reconstrucción de los Decretos 25 del 1 de agosto de 1978, 31 de 2 de septiembre de 1979, 9 de enero de 1979, 12 del 15 de enero de 1984, 045 del 31 de mayo de 1985, 009 del 1 de enero de 1986, 082 de 1987, 079 de 1987, 004 de 1988, 002 de 1990, 012 de 1992 y 29 de 1993. Así como también aclaró *«que se realiza es una ratificación o traslado más no un nombramiento como figura [...] en»* las actas de posesión del 19 de agosto de 1978, 1 de enero de 1979, 2 de septiembre de 1979, 21 de enero de 1980, 15 de enero de 1984, 31 de mayo de 1985, 1 de enero de 1986, 1 de enero de 1987, 5 de diciembre de 1987, 1 de enero de 1988, 008 de 1989, 1 de enero de 1989, 24 de marzo de 1990, 12 de 1992, 29 de 1993, 008 de 1994 y 1 de enero de 1994. Lo anterior, en razón a que alguno de los documentos que soportan su contenido se perdieron en el incendio ocurrido en la alcaldía en el 2002²⁴.

- Por medio de los Decretos 087 y 088 del 6 de noviembre de 2013, la Alcaldía de Policarpa, también ordenó reconstruir los Decretos 025 de 1978, 031 de 1979, 09 de 1979, 012 de 1984, 045 de 1985, 009 de 1986; 082 de 1987, 079 de 1987, 004 de 1988, 002 de 1990 y 029 de 1993²⁵.

De conformidad con lo anterior, en armonía con la normativa expuesta en párrafos precedentes, es razonable concluir que, tal como lo señaló el Tribunal, las cesantías parciales solicitadas por el demandante se deben reconocer con fundamento en el régimen retroactivo, ya que se encuentra probado que aquel se vinculó como docente desde el 19 de agosto de 1978, y ha ejercido su labor de manera continua e ininterrumpida, sin que sus traslados o diferentes nombramientos puedan utilizarse para desmejorar sus derechos adquiridos, so pena de desconocer las disposiciones contenidas en la Ley 91 de 1989, que determinaron que el régimen de liquidación del cual eran beneficiarios se mantendría.

Dicho de otro modo, tal como lo prevé el artículo 15, numeral 3, literal a) de la Ley 91 de 1989, los docentes vinculados antes del 1.º de enero de 1990, como ocurre en el caso concreto, tienen derecho a que las cesantías se liquiden bajo el régimen de retroactividad, indistintamente, si se trata de docentes territoriales, nacionales o nacionalizados. Liquidación que, en los términos descritos en el artículo 2.º de la citada norma, le corresponde asumir al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En tal sentido, se considera acertada la decisión de primera instancia, en tanto ordenó liquidar el auxilio de las cesantías de conformidad con el sistema de retroactividad y descontar lo pagado al demandante por concepto de cesantías parciales.

En relación con el segundo supuesto objeto de inconformidad, la Sala se abstendrá de efectuar algún pronunciamiento, toda vez que dentro del proceso no es objeto de controversia la liquidación de las cesantías por inclusión de factores, así como tampoco el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

²⁴ Folio 7 a 10. En igual sentido fue proferido el Decreto 089B, obrante a folios 42 a 45. *ibidem*.

²⁵ Folios 22 a 25 y 27 a 30 *ibid*.



Radicación: 520012333000202000103 01 (6206-2022)
Demandante: Servio Ortiz Segura

Finalmente, en relación con el tercer argumento, referente a la condena en costas impuestas en primera instancia, se acudirá a la tesis que se ha sostenido a partir de la entrada en vigor de la Ley 2080 de 2021, teniendo en cuenta que la decisión en discusión se expidió el 25 de mayo de 2022.

Así pues, es importante aclarar que la jurisprudencia de la Subsección A, de la Sección Segunda, del Consejo de Estado venía aplicando el criterio objetivo valorativo consagrado en el art. 188 de la Ley 1437 de 2011, según el cual en toda sentencia el juez procederá a su reconocimiento cuando encuentre demostrado en el proceso que estas se causaron, sin que en esa valoración fuera relevante analizar si las partes actuaron de manera temeraria, mal intencionada o de mala fe, no obstante, dicho criterio fue variado con la adición introducida por el art. 47 de la Ley 2080 de 2021, en el que indica que la condena en costas es viable, siempre y cuando se acredite que la parte vencida obró con manifiesta carencia de fundamento legal.

Por consiguiente, la Sala adoptará una postura, según la cual, en las sentencias proferidas a la luz de la nueva normativa se deberá analizar la conducta realizada por las partes en el proceso, entre ello, si se presentó o no, carencia de fundamentación jurídica conforme a lo señalado en el inciso 2.º del art. 188 del CPACA.

Ciertamente, en el presente caso, se observa que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio en los alegatos de conclusión y en el recurso de apelación no expuso razonamientos que revistan una carencia de fundamentación legal que dé lugar a la condena en costas.

Contrario a ello, la parte demandada, en sus escritos, indicó razones en defensa jurídica de sus intereses, por tal razón, se revocará la condena en costas impuesta en primera instancia y, a su vez, se dispondrá no condenar en costas en esta instancia, pues no se encontró acreditado aquel presupuesto normativo

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto accedió a la aplicación del régimen de retroactividad y, se modificará, solo en relación con la condena en costas.

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: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia proferida el 25 de mayo de 2022 por el Tribunal Administrativo de Nariño, para en su lugar, no condenar en costas a la parte demandada en primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia proferida el 25 de mayo de 2022 por el Tribunal Administrativo de Nariño, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Servio Ortiz Segura.



Radicación: 520012333000202000103 01 (6206-2022)
Demandante: Servio Ortiz Segura

TERCERO: Sin condena en costas de segunda instancia.

CUARTO: Ejecutoriada esta sentencia devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en el aplicativo SAMAI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente