CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Referencia:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación:	25000-23-42-000-2014-02254-01 (5629-2018)
Demandante:	Edilia Rivera León
Demandado:	Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FNPSM y otro
Temas:	Cesantías parciales de docente - reliquidación - sanción moratoria

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 21 de julio de 2017 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, mediante la cual se declaró inhibido para emitir pronunciamiento de fondo frente a las súplicas de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda[1]

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 - CPACA, la señora Edilia Rivera León, por conducto de apoderado, formuló demanda en orden a que se declare la nulidad parcial de la

[1] Folios 33 a 61.

Resolución 661 del 5 de noviembre de 2013, expedida por la Secretaría de Educación del municipio de Zipaquirá - FNPSM, por medio de la cual se le reconocieron sus cesantías parciales.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, la actora solicitó condenar a la parte demandada a lo siguiente: i) reconocer sus cesantías parciales en forma retroactiva, «tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente (22 de abril de 1993) y liquidadas sobre el último salario devengado con la totalidad de los factores salariales»; ii) otorgar la sanción por la mora en el pago completo del referido auxilio, conforme lo dispone la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, causada desde los 66 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud de dicho auxilio ante la entidad y hasta el 29 de noviembre de 2013, cuando se le pagó la prestación; iii) aceptar que a futuro la demandante tiene derecho a que el aludido auxilio se liquide bajo el régimen de retroactividad; iv) pagar las diferencias que se originen entre las cesantías reconocidas en la Resolución 661 del 5 de noviembre de 2013 y el monto que resulte de reliquidarlas de manera retroactiva, con los correspondientes ajustes de ley; v) dar cumplimiento a la sentencia y reconocer los intereses moratorios en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA; vi) actualizar el valor de las condenas con base en el IPC,[2] como lo autoriza el artículo 187 *ibidem*; y vii) sufragar las costas procesales.

1.1.2. Hechos

Como hechos relevantes, el apoderado de la demandante señaló los siguientes:

i) Desde el 22 de abril de 1993, la señora Edilia Rivera León ha prestado sus servicios de manera ininterrumpida al municipio de Zipaquirá, como docente territorial.

[2] Índice de Precios al Consumidor.

ii) El 16 de julio de 2013, la actora solicitó sus cesantías parciales ante la Secretaría de Educación de Zipaquirá - FNPSM.

iii) Por Resolución 661 del 5 de noviembre de 2013, las referidas entidades reconocieron la prestación en comento; sin embargo, omitieron incluir la totalidad de la vinculación de la interesada, pues fue nombrada en provisionalidad el 22 de abril de 1993, «conforme al Contrato No. 038»; sin embargo, solamente se computó el tiempo laborado desde el 16 de noviembre de 1994, cuando fue designada como docente en propiedad.

iv) El mencionado acto tampoco tuvo en cuenta que las cesantías debían liquidarse con el régimen de retroactividad contemplado en la Ley 6 de 1945 y demás normas concordantes y complementarias.

iv) La administración tenía hasta el 18 de octubre de 2013 para pagar las cesantías parciales; sin embargo, lo hizo hasta el 23 de noviembre de 2013, es decir que incurrió en una mora indemnizable en los términos de la Ley 1071 de 2006.

v) La aludida penalidad también se ocasionó en consideración a que la prestación se concedió de manera incompleta.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales se señalaron los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 53, 58, 67 y 122 de la Constitución Política; 12 y 17 de la Ley 6 de 1945; 1 de la Ley 65 de 1946; 2 de la Ley 4 de 1992; 6 de la Ley 60 de 1993; 176 de la Ley 115 de 1994; 13 de la Ley 344 de 1996; 5 de la Ley 1071 de 2006; 1 del Decreto 2767 de 1945; 1, 2, 5 y 6 del Decreto 1160 de 1947; 89 del Decreto 1848 de 1969; 5, 40 y 45 del Decreto 1045 de 1978; 7 y 9 del Decreto 2563 de 1990; 5 del Decreto 196 de 1995; 1 del Decreto 1582 de 1998.

Al desarrollar el concepto de violación, el apoderado de la actora expuso lo siguiente:

i) Hasta la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, las cesantías de los docentes territoriales se reconocían bajo el régimen de retroactividad; sin embargo, las entidades públicas han afirmado que a partir de la expedición de dicha norma el auxilio se liquida en forma anualizada para todos los educadores nacionales, nacionalizados o territoriales.

ii) La Ley 60 de 1993 protegió los derechos adquiridos de los docentes departamentales, distritales y municipales, quienes conservaron el régimen prestacional de cada entidad territorial a la que pertenecían.

iii) La Ley 344 de 1996 dispuso que los empleados del orden territorial tendrían un sistema de liquidación anual de cesantías. En consecuencia, los profesores territoriales vinculados antes del 31 de diciembre de 1996, fecha de entrada en vigencia de la aludida norma, tienen derecho a que la prestación se liquide en forma retroactiva, conforme venía operando antes de expedirse esa ley.

iv) La Ley 115 de 1994 estableció un régimen especial para los educadores estatales y aclaró que no se podrían desmejorar los salarios y prestaciones sociales de esos servidores. Esta garantía también se consagró en las Leyes 4 de 1992, 60 de 1993 y en el Decreto 196 de 1995.

v) El acto acusado desconoció el pago integral de las cesantías parciales de la demandante, por lo que se causó la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el reconocimiento completo del auxilio.

1.2. Contestación de la demanda

La Nación, Ministerio de Educación Nacional, FNPSM y el municipio de Zipaquirá se abstuvieron de contestar la demanda.[3]

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, mediante sentencia del 21 de julio de 2017, se declaró inhibido para emitir pronunciamiento de fondo frente a las súplicas de la demanda, con sustento en las siguientes consideraciones:[4]

i) En la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplica el denominado «privilegio de la decisión previa», el cual exige que exista congruencia entre lo solicitado ante la administración y lo pretendido en sede judicial.

ii) La accionante solicitó a las entidades demandadas sus cesantías parciales, pero no se refirió a las pretensiones que eleva a través del presente medio de control, esto es, que el auxilio se liquidara en forma retroactiva y el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de la prestación.

iii) Bajo este escenario, no es posible emitir pronunciamiento de mérito frente al debate ventilado ante esta jurisdicción.

1.4. El recurso de apelación

El apoderado de la accionante interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia con base en los siguientes argumentos:[5]

i) El *a quo* privilegió el procedimiento sobre el derecho sustancial, situación que contraviene el artículo 228 de la Constitución Política y las Sentencias C-486 de 2016 y SU-336 de 2017, proferidas por la Corte Constitucional. Además, no se

[3] Información extraída de la constancia secretarial obrante en el folio 83.
[4] Folios 235 a 244.
[5] Folios 256 a 284.

tuvo en cuenta que la entidad accionada también pudo pronunciarse frente a las súplicas de la demanda en la audiencia de conciliación prejudicial.

ii) El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en anteriores oportunidades ha indicado que el acto que reconoce las cesantías contiene un estudio frente al régimen aplicable, por lo que no es necesario provocar un nuevo pronunciamiento de la administración frente a ese aspecto.[6]

iii) En el *sub lite* se desconocieron los tiempos laborados por la actora desde el 22 de abril de 1993 y que debieron repercutir en sus cesantías parciales; además, se inaplicó el régimen de retroactividad que legalmente correspondía, pues se trata de una docente del orden territorial.

iv) Tampoco es razonable exigir el agotamiento de la vía gubernativa en torno a la sanción moratoria, «pues estaríamos frente a una doble petición sobre un mismo derrotero y los términos para la interposición de la acción judicial vencerían».

v) Los formatos que establece el FNPSM para peticionar las cesantías incorporan las normas que regulan las cesantías y, por lo tanto, también las de la sanción moratoria que se predica de su pago tardío, al tenor de los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

vi) Las entidades demandadas superaron los plazos establecidos para reconocer y pagar las cesantías parciales y, por ende, procede el pago de la penalidad reclamada.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

El municipio de Zipaquirá solicitó que se confirme la sentencia apelada por cuanto la actora no peticionó ante la administración el reconocimiento de las cesantías de

[6] El actor citó apartes de la sentencia del 29 de septiembre de 2017, sin indicar número de radicado.

forma retroactiva ni la sanción moratoria por el aparente pago tardío de la prestación.[7] Los demás sujetos procesales guardaron silencio en esta etapa.

1.6. El Ministerio Público

El agente del Ministerio Público no rindió concepto.

La Sala decide, previas las siguientes

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

Se circunscribe a establecer si se cumplieron los presupuestos para emitir pronunciamiento de fondo frente a las pretensiones de la demanda encaminadas a lo siguiente: i) reliquidar las cesantías parciales de la actora con inclusión de los tiempos anteriores al 16 de noviembre de 1994, en los que se vinculó por contratos de prestación de servicios y en provisionalidad; ii) reliquidar el referido auxilio con el sistema de retroactividad, previsto en la Ley 6 de 1945, pese a que su vinculación al magisterio fue posterior a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989; y iii) reconocer la indemnización por mora en el pago de la prestación en comento.

2.2. Marco normativo

2.2.1. Agotamiento de la actuación administrativa como requisito de procedibilidad

El artículo 161 del CPACA estableció los requisitos que deben cumplirse para la presentación de la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. De manera específica, respecto al medio de control de nulidad y restablecimiento

[7] Memorial visible en la plataforma SAMAI del Consejo de Estado.

del derecho, preceptuó:

> Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:
> […]
>
> 2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.
>
> Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral.
> […].

La normativa citada consagró la actuación administrativa como un presupuesto procesal de carácter obligatorio para quien pretenda demandar la legalidad de un acto administrativo de contenido particular y concreto, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Por su parte, esta Subsección se ha pronunciado en relación con la denominada vía gubernativa que regulaba el anterior Código Contencioso Administrativo, en contraste con la actuación administrativa que desarrolla el actual CPACA. Al respecto, concluyó que en ambas normativas se estableció la necesidad de que el interesado acuda ante la administración con el fin de que esta se pronuncie en forma definitiva frente a sus peticiones, previo a acudir a los mecanismos de control en sede judicial. En tal sentido, se ha expresado:[8]

> Ahora, debe señalarse que si bien con la Ley 1437 de 2011, desapareció el concepto de vía gubernativa, ello no quiere decir que no subsista la obligación de pedir ante la administración el derecho que eventualmente se reclamará en vía judicial, es decir, no se ha eliminado ese requisito, pues es claro que cuando se pretenda el reconocimiento de un derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa, este se hace a través de la solicitud de nulidad del acto que creó, modificó o extinguió una situación jurídica para el demandante y su consecuente restablecimiento, concepto que se ha reconocido como el principio de la decisión previa.[9]

[8] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez, sentencia de 3 de mayo de 2018, radicado: 05001 23 33 000 2015 02111 01(3579-16), actor: Mónica María González Roldán.

[9] Al respecto ver Sentencia de 26 de abril de 2018, Consejo de Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez, radicación 52001-23-33-004-2014-00276 (3164-2015).

Así las cosas, en relación con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el CPACA conservó el privilegio de la decisión previa que ha detentado la administración para definir las situaciones jurídicas con observancia del ordenamiento jurídico aplicable, así como las razones de necesidad, urgencia, pertinencia y demás elementos cuyo análisis considere relevantes para emitir los actos administrativos.

De esta manera se garantiza el ejercicio de la función administrativa, así como la autotutela de la administración, con el fin de que resuelva los asuntos de su competencia y haga una revisión interna de sus propias determinaciones, las cuales posteriormente podrán ser sometidas al control de legalidad ante el juez de lo contencioso administrativo.

2.2.2. Generalidades del auxilio de cesantías

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.

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 - FNA, 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»[10], y «proteger dicho auxilio contra depreciación monetaria»;[11] 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 FNA; 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 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 cesantías[12], 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 adquisitivo[13]. 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.

En todo caso, se debe señalar que la Ley 344 de 1996 «por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas

[10] Artículo 2 literal a) del Decreto 3118 de 1968.
[11] Artículo 2 literal b) del Decreto 3118 de 1968.
[12] Artículo 2 del Decreto 432 de 1998.
[13] Artículo 3, literales a), b) y c) del Decreto 432 de 1998.

facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones», dio un paso adicional encaminado a ampliar la cobertura del sistema de liquidación anual del auxilio de cesantías para la generalidad de 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**; (resalta la Sala).

La norma vigente a la fecha de expedición de la 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.

De igual manera, es necesario indicar que 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, la Ley 432 de 1998, en sus artículos 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 anteriores.[14]

En todo caso, se abrió la posibilidad de que tales servidores públicos[15] 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).

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

Además, a aquellos servidores cobijados por el régimen de liquidación retroactiva de cesantías se les continúa respetando este, por virtud de lo dispuesto en los artículos 2[16] del Decreto 1252 de 2000 y 3[17] del Decreto 1919 de 2002.

Ahora bien, en lo que respecta a los docentes oficiales, 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 sociales[18] 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, 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* estableció lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, 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 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.

[16] «**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.»
[17] «**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.»
[18] De acuerdo con el artículo 5, numeral 1, de la Ley 91 de 1989.

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

> 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.

Es importante precisar que cuando la norma en cita 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) pues, precisamente, la expresión está precedida de una «y», que es copulativa, es decir que «se usa para unir palabras»[19], 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 6º, en torno a los docentes territoriales determinó que «[serían] incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales

[19] www.rae.es.

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 6o. 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 dicho fondo, 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).

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 3752 de 2003, preceptuó:

> **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**. (Resaltado 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

- Los días 22 de abril y 22 de septiembre de 1993, el alcalde municipal de Zipaquirá y la señora Edilia Rivera León celebraron los Contratos de Prestación de Servicios 038 y 068, con una duración de 5 y 3 meses, respectivamente, con el objeto de que la contratista prestara el «servicio de profesora para dictar el área de sociales en el Instituto Municipal Luis Orjuela».[20]

- El 1 de febrero de 1994, por Decreto 074, el alcalde del municipio de Zipaquirá vinculó provisionalmente a la demandante como docente en el Instituto Municipal Luis Orjuela «hasta por el término de diez (10) meses», contados a partir de la referida fecha.[21]

- El 28 de octubre de 1994, por Decreto 434, el alcalde del municipio de Zipaquirá ratificó el nombramiento efectuado a la actora en el Decreto 074 de 1 de febrero de 1994 y la incorporó en propiedad a la planta de personal docente de esa entidad territorial.[22] La interesada tomó posesión del cargo el 16 de noviembre de 1994.[23]

- El 16 de julio de 2013, la señora Edilia Rivera León le solicitó al municipio de Zipaquirá las cesantías parciales con destino a reparación y ampliación de vivienda.[24]

[20] Folios 8 a 13.
[21] Folio 14.
[22] Folios 16 a 17.
[23] Folio 18.
[24] Información extraída de la Resolución 661 del 5 de noviembre de 2013 (folios 5 a 6).

- El 5 de noviembre de 2013, por Resolución 661, la Secretaría de Educación de Zipaquirá le reconoció a la actora la suma de $28.066.441, por concepto de liquidación parcial de cesantías, teniendo en cuenta el tiempo de servicios prestados en forma continua entre el 16 de noviembre de 1994 y el 31 de diciembre de 2012.[25]

- El 19 de febrero de 2014, la Secretaría de Educación de Zipaquirá diligenció el Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral en el que consta que la accionante fue vinculada a dicha entidad el 1 de febrero de 1994, desde esa fecha pertenece al FNPSM y no registra ausencias.[26]

- El 25 de marzo de 2014, el director de Afiliaciones y Recaudos de la Fiduprevisora S.A. certificó que el FNPSM «le programó un pago de Cesantía PARCIAL expedida por la Secretaría de Educación de ZIPAQUIRÁ al docente EDILIA RIVERA LEÓN identificado […], mediante Resolución No. 661 de fecha 5 de noviembre de 2013, la cual ingresó para pago el 22 de noviembre de 2013 el cual se realizó el día 29 de noviembre de 2013».[27]

- El 31 de marzo de 2014, el director de Afiliaciones y Recaudos de la Fiduprevisora S.A. certificó que la actora «se encuentra afiliado(a) al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por el Municipio de Zipaquirá, según Decreto No. 434 de Octubre 28 de 1994, posesionado el 28 de Octubre de 1994, en virtud del Decreto 196 de 1995, tipo de vinculación Municipal, régimen legal aplicable para pensión Ley 33 de 1985, Decreto 3135 de 1968 – Decreto 1848 de 1969 y régimen de cesantías de anualidad. Es docente pensionada por jubilación, según Resolución No. 188 del 6 de marzo de 2014, emitida por el municipio de Zipaquirá».[28]

2.4. El caso concreto. Análisis de la Sala

[25] Folios 5 a 6.
[26] Folios 28 a 30.
[27] Folio 24.
[28] Folio 22.

2.4.1. Pretensiones sobre las que procede un pronunciamiento de mérito

El *a quo* consideró que no era posible emitir pronunciamiento de mérito frente a las pretensiones de la accionante en razón a que no solicitó ante la administración la reliquidación de sus cesantías parciales bajo el sistema de retroactividad y tampoco peticionó la sanción moratoria reclamada en sede judicial.

Al respecto, es preciso aclarar que en la primera instancia se dejó de lado una pretensión que consiste en la reliquidación del referido auxilio «tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente (22 de abril de 1993)».

En efecto, como se indicó al establecer el problema jurídico en el *sub lite*, el debate planteado atañe a lo siguiente:

1. Reliquidar las cesantías parciales con inclusión de los tiempos anteriores al 16 de noviembre de 1994, en los que la demandante se vinculó por contratos de prestación de servicios y en provisionalidad, esto es, desde el 22 de abril de 1993.

2. Reliquidar el referido auxilio con el sistema de retroactividad.

3. Reconocer la indemnización por mora en el pago de la prestación en comento.

Ahora bien, la Sala comparte parcialmente la decisión del tribunal en cuanto a la falta de agotamiento de la actuación administrativa frente a la sanción moratoria, pero no en torno a las demás pretensiones, por las siguientes razones:

i) La demandante solicitó el reconocimiento de las cesantías parciales ante el FPSM – Secretaría de Educación de Zipaquirá. Aquellas fueron concedidas mediante la

Resolución 661 del 5 de noviembre de 2013. A su vez, el contenido del acto evidencia que la administración tuvo oportunidad de estudiar todos los aspectos inherentes al reconocimiento del derecho al punto que para ello definió su procedencia porque estaba destinado a la reparación y ampliación de vivienda; igualmente, determinó que el régimen aplicable era el anualizado y que el tiempo computable era el comprendido entre el 16 de noviembre de 1994 y el 31 de diciembre de 2012.

ii) La mencionada resolución únicamente era pasible del recurso de reposición, cuya interposición es facultativa en los términos del artículo 76 del CPACA; por lo tanto, es válido concluir que el tiempo computable y el régimen aplicable para la liquidación de la prestación fueron asuntos que la administración tuvo oportunidad de analizar a cabalidad, es decir, que se respetó el privilegio de la decisión previa frente a ello.[29]

iii) Bajo este contexto, las pretensiones a obtener la reliquidación de las cesantías parciales con inclusión de los tiempos anteriores al 16 de noviembre de 1994 y bajo el sistema de retroactividad pueden ser estudiadas de fondo por esta jurisdicción.

iv) En cuanto a la necesidad de reclamar la sanción moratoria ante la administración antes de acudir ante la jurisdicción, esta corporación ha sostenido:[30]

> De forma que como la sanción moratoria no es accesoria a las cesantías, puesto que se causa solo ante el pago inoportuno de la prestación por parte de la administración, la actora debió reclamar ante la entidad pertinente sobre el reconocimiento y pago de aquella de manera previa, ya que ello constituye un requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

[29] En similar sentido puede consultarse la sentencia del 6 de mayo de 2021, proferida por esta Subsección, radicado: 25000-23-42-000-2014-04192-01 (5602-2018).
[30] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, auto del 8 de julio de 2021, radicado: 25000 23 42 000 2015 00383 01 (3845-2019) y sentencia del 16 de septiembre de 2021, radicado: 20001-23-33-000-2014-00134-01 (4526-2015).

> En ese sentido, la Sala está de acuerdo con la decisión del tribunal de declarar de oficio la excepción de inepta demanda frente a la pretensión de reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, dado que no se cumplió con el deber de reclamar ante la entidad accionada sobre tal concepto para que el pronunciamiento presunto o expreso fuera objeto de análisis de legalidad ante esta jurisdicción.

De acuerdo con el anterior lineamiento, la señora Edilia Rivera León debió peticionar ante las entidades accionadas la sanción moratoria derivada del pago tardío sus cesantías parciales; sin embargo, en el plenario no existe ningún documento que de cuenta de tal proceder.

v) La referida carga no puede suplirse con el argumento de la apelante según el cual la reclamación de las cesantías parciales también conlleva la aplicación de la Ley 1071 de 2006, pues para ese momento no era posible prever si la administración incurriría en mora en el pago de auxilio y tampoco se le permitió verificar cuál era el período indemnizable por esa penalidad ni las causas que le dieron origen.

En consecuencia, la Sala se abstendrá de analizar la pretensión encaminada al reconocimiento de la referida sanción moratoria.

2.4.2. Reliquidación de las cesantías parciales con inclusión de tiempos laborados en provisionalidad y por contratos de prestación de servicios

La demandante solicitó la reliquidación de sus cesantías parciales «tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente (22 de abril de 1993)».

Por su parte, la entidad demandada reconoció la referida prestación con fundamento en el período laborado entre el 16 de noviembre de 1994 y el 31 de diciembre de 2012.

Ahora bien, en el plenario se encuentra acreditado que antes del 16 de noviembre de 1994, la actora fue designada para prestar sus servicios como educadora en el

municipio de Zipaquirá de la siguiente forma:

> i) Por contratos de prestación de servicios. Del 22 de abril de 1993 al 22 de diciembre de 1993.
>
> ii) En provisionalidad. Del 1 de febrero de 1994 al 1 de diciembre de 1994.
>
> Frente a esta vinculación, se destaca que la accionante fue nombrada en provisionalidad, por Decreto 074 del 1 de febrero de 1994, para ocupar el cargo de profesora en el Instituto Municipal Luis Orjuela «hasta por el término de diez (10) meses», los cuales culminarían el 1 de diciembre de 1994; sin embargo, antes de cumplirse esa fecha, por Decreto 434 del 28 de octubre de 1994, el alcalde del municipio de Zipaquirá ratificó el referido nombramiento y la incorporó en propiedad a la planta de personal docente de esa entidad territorial a partir del 16 de noviembre de 1994.

Ahora bien, la vinculación por contratos de prestación de servicios, que tuvo lugar entre el 22 de abril de 1993 al 22 de diciembre de 1993, no es posible estimarla como válida para liquidar el auxilio de cesantías parciales de la demandante, conforme lo ha explicado reiteradamente esta Subsección bajo los siguientes argumentos:[31]

> La labor desarrollada en los periodos descritos, no es viable computarla como tiempo continuo de servicio, con el propósito liquidar las cesantías de la demandante, toda vez que los contratos de prestación de servicios, son de naturaleza contractual y **no** llevan implícita la existencia de una relación laboral, pues, aunque en algunos casos se puede configurar, para que ello ocurra es necesario que así se declare por la autoridad judicial correspondiente, y previa la acreditación de los requisitos que la ley establece a efecto de determinar que, en efecto, se cumplieron los 3 elementos de una relación de tal naturaleza, de lo contrario, no constituye otra cosa que una relación de carácter contractual, que, como bien lo señaló el tribunal, no genera el derecho al reconocimiento de prestaciones sociales.

[31] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 15 de abril de 2021, radicado: 52001-23-33-000-2014-00011-02 (4371-17). En igual sentido puede consultarse las sentencia del 27 de enero de 2022, radicado: 25000234200020150430001 (3820-2017).

De acuerdo con el anterior lineamiento, en el presente caso no es viable computar el tiempo servido por la actora desde el 22 de abril de 1993, como lo solicitó en la demanda, pues para ese entonces no gozaba de una vinculación legal y reglamentaria.

Sin embargo, es posible tener en cuenta el tiempo laborado entre el 1 de febrero y el 15 de noviembre de 1994, pues para ese entonces estuvo nombrada en provisionalidad y su designación fue ratificada para que siguiera prestando sus servicios docentes sin solución de continuidad, conforme dan cuenta las pruebas aportadas al plenario.

En este orden de ideas, la parte accionada debió tomar como referente para liquidar las cesantías parciales la vinculación que ocurrió desde el 1 de febrero de 1994 y no solamente la que se verificó desde el 16 de noviembre de 1994, pues esta última realmente correspondía a una ratificación del primer nombramiento y la consecuente incorporación a la planta de personal del municipio de Zipaquirá, pero ello no modificaba la vinculación legal y reglamentaria que había iniciado a partir del 1 de febrero de 1994.[32]

Así las cosas, el proveído impugnado será revocado parcialmente en aras de ordenar reliquidar las cesantías parciales de la demandante con el fin de que se tome como referente el período laborado entre el 1 de febrero de 1994 y el 31 de diciembre de 2012 -esta última fecha que se tomó en resolución acusada como referente y no fue objeto de reproche por parte de la interesada-. Para el efecto, la administración deberá tener en cuenta los pagos efectuados en virtud del reconocimiento prestacional decretado en el acto administrativo enjuiciado, en aras de evitar un doble desembolso por el mismo concepto.

Igualmente, esta reliquidación se ordena en consideración a que en el plenario no

[32] En relación con la posibilidad de estimar la vinculación en provisionalidad para efectos de liquidar las cesantías, pueden consultarse las siguientes sentencias, proferidas por esta Subsección: i) del 5 de mayo de 2022, radicado: 13001-23-33-000-2015-00096-01 (5205-2019); y ii) del 18 de enero de 2018, radicado: 19001-33-31-000-2011-00305-01 (1733-2016).

existe prueba de que a la actora se le hayan pagado sus cesantías por el lapso comprendido entre el 1 de febrero de 1994 y el 15 de noviembre de 1994; por el contrario, en la resolución demandada se indica «[q]ue el peticionario NO se le ha cancelado cesantías parciales».

Bajo este contexto, se ordenará la reliquidación de la prestación siempre y cuando dicho período no se hubiera reconocido con anterioridad.

La condena se impondrá en contra de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FNPSM, por cuanto esta corporación ha precisado que «es el ente encargado del reconocimiento y cancelación de las cesantías de los docentes afiliados».[33] Además, el acto acusado precisó que las cesantías parciales que allí se concedían serían sufragadas por dicho fondo.

2.4.3. Reliquidación de las cesantías parciales bajo el régimen de retroactividad

La postura de las entidades demandadas en torno al régimen que se debe aplicar para liquidar las cesantías de la demandante es el anualizado por haberse vinculado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, mientras que esta asegura que su prestación se debe liquidar con el sistema de retroactividad, en la medida en que su vinculación fue anterior al año 1996, fecha en que entró a regir el régimen anual de cesantías para los empleados del orden territorial.

Al respecto, se debe señalar que tal como se demostró con las pruebas referidas previamente, la vinculación laboral de la accionante inició el 1 de febrero de 1994, como docente al servicio del municipio de Zipaquirá, de manera que esa fecha determina el régimen de liquidación de cesantías que le es propio, que no es otro

[33] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de julio de 2021, radicado: 05001-23-33-000-2016-01673-01 (1606-19).

que el anualizado, tal como lo consideró la parte accionada.

En efecto, el ingreso de la demandante a la docencia oficial se produjo con posterioridad al 31 de diciembre de 1989, es decir, **después de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989**, por lo que su régimen de cesantías es el que cobijaba a los empleados públicos del orden nacional, esto es, anualizado, sin retroactividad y sometido al reconocimiento de intereses.[34]

Por ello, aunque 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, ello no quiere decir que a partir de ese trámite empezaba a regir el sistema anual, pues, para todos los docentes cuya vinculación laboral iniciaba desde el 1 de enero de 1990, se previó la liquidación de la prestación bajo ese régimen -anual- **sin importar que estos fueran nacionales, nacionalizados o territoriales.**[35]

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 realizar una diferenciación que tendría repercusión, en particular, para aquellos que venían con una vinculación anterior.[36]

En tales condiciones, esta Subsección 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 el Decreto 196 de 1995, garantizaba el régimen prestacional que tuvieran al momento de su incorporación, también lo es que en el caso de la demandante, para efecto de la

[34] A partir de lo previsto en el artículo 27 del Decreto 3118 de 1968, la liquidación de las cesantías de los empleados públicos del orden nacional, es anual y no retroactiva.
[35] Tal es la interpretación que le ha dado la Sala a las disposiciones que en materia de cesantías aplican a los docentes, tal como se ha dejado sentado, entre otras, en providencia del 19 de octubre de 2017, radicación: 20001 23 39 000 2014 00289 01, número interno: 5010-15, M.P. William Hernández Gómez.
[36] Entendiéndose anterior, aquella producida previamente a la vigencia de la Ley 91 de 1989.

liquidación de sus cesantías, el régimen que debía aplicarse no era otro que el anualizado contemplado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues su vinculación laboral se produjo con posterioridad a esa disposición.

Precisamente, las pruebas demuestran que el ingreso de la señora Edilia Rivera León, como docente al servicio del municipio de Zipaquirá ocurrió el 1 de febrero de 1994, 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 vigor el sistema de liquidación de cesantías allí contemplado, y que regía en caso de nuevas vinculaciones docentes; por lo tanto, es forzoso concluir que la actora se debe someter al régimen anualizado previsto en dicha norma.

2.5. De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016,[37] 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 y la complejidad e intensidad de

[37] 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.

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 el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso,[38] la Sala se abstendrá de imponer condena en costas en segunda instancia, por cuanto no resultaron probadas y el recurso de apelación que interpuso la actora fue resuelto en forma parcialmente favorable a sus pretensiones.

3. Conclusión

Con base en la preceptiva jurídica que gobierna la materia, en los derroteros jurisprudenciales trazados por el Consejo de Estado en casos de contornos análogos fáctica y jurídicamente al que ahora es objeto de estudio y en el acervo probatorio, la Sala considera que se debe revocar el proveído impugnado y, en su lugar, disponer lo siguiente: i) declarar probada de oficio, en forma parcial, la excepción de falta de reclamación previa en sede administrativa en torno a la pretensión de sanción moratoria; ii) ordenar la reliquidación de las cesantías parciales de la demandante teniendo en cuenta que su vinculación inició el 1 de febrero de 1994; y iii) negar la reliquidación del aludido auxilio bajo el régimen de retroactividad.

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,

[38] «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (…) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».

F A L L A:

Primero. Revocar la sentencia del 21 de julio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, en tanto se inhibió para emitir pronunciamiento de fondo frente a la totalidad de las pretensiones de la demanda instaurada por la señora Edilia Rivera León contra la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FNPSM y el municipio de Zipaquirá. En su lugar,

Segundo. Declarar probada de oficio, en forma parcial, la excepción de falta de reclamación previa en sede administrativa en torno a la pretensión de sanción moratoria, conforme a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. Declarar la nulidad parcial de la Resolución 661 del 5 de noviembre de 2013, expedida por la Secretaría de Educación del municipio de Zipaquirá – FNPSM.

Cuarto. Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, ordenar a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FNPSM reliquidar las cesantías reconocidas en la Resolución 661 del 5 de noviembre de 2013, a favor de la señora Edilia Rivera León, tomando como período de vinculación el comprendido entre el 1 de febrero de 1994 y el 31 de diciembre de 2012, siempre y cuando a la fecha de esta sentencia ello no hubiera ocurrido.

La administración deberá tener cuidado de no incurrir en un doble pago por el mismo concepto; por lo tanto, del valor de las condenas deberá descontar las sumas ya pagadas en virtud de la expedición de la referida resolución y cualquier otra que demuestre que a la actora se le reconoció la incidencia de su vinculación entre el 1 de febrero de 1994 y el 15 de noviembre de 1994 para el cálculo del mencionado auxilio.

El ente demandado deberá dar cumplimiento a lo anterior, en los términos de los artículos 187, 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Quinto. Denegar la pretensión de reliquidación de las cesantías parciales de la demandante bajo el régimen de retroactividad, por las razones expuestas en este proveído.

Sexto. Sin condena en costas de segunda instancia.

Séptimo. En firme esta providencia, devolver el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

Notifíquese y cúmplase

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.

cgg