



Radicado: 73001-23-33-000-2014-00740-01 (3723-2017)
Demandante: Eugenia Sánchez Barreto

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

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 73001-23-33-000-2014-00740-01 (3723-2017)
Demandante: EUGENIA SÁNCHEZ BARRETO
Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Temas: Régimen de cesantías aplicable a docentes estatales. Cesantías retroactivas. Inaplicabilidad por vinculación posterior al 1.º de enero de 1990.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-41-2019

ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 10 de julio de 2017 por el Tribunal Administrativo del Tolima, que denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora Eugenia Sánchez Barreto en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL¹

¹ Folios 93 a 100.



En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.²

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

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

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo³.

En el presente caso de folios 95 a 96 y cd visible a folio 1 del cuaderno principal, en la etapa de excepciones previas se indicó lo siguiente:

«[...] A continuación se resuelve la excepción previa propuesta por el Ministerio de Educación Nacional denominada falta de legitimación en la causa por pasiva [...]

La apoderada judicial del Ministerio de Educación señala que el acto administrativo no fue expedido por el Fondo, pues éste es una cuenta especial de la Nación, sin personería, consistente en un patrimonio autónomo cuyos recursos tienen el propósito de pagar las prestaciones que las entidades territoriales reconozcan a su planta de docentes, por lo tanto el acto administrativo que reconoce la prestación o resuelve la petición en relación con la misma, contiene la voluntad de la Secretaría de Educación Territorial y no la de la entidad contra la cual se dirige la presente demanda [...]

Consideraciones del Despacho

El legislador mediante la Ley 91 de 1989, dispuso la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuya finalidad, entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de sus afiliados, esto es, de los docentes.

[...]

Respecto del trámite de las solicitudes de reconocimiento y pago de prestaciones económicas de los docentes, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 dispone:

"[...] Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la

² Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. (2015) EJRLB.

³ Ramírez Jorge Octavio, consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo* EJRLB.



Radicado: 73001-23-33-000-2014-00740-01 (3723-2017)
Demandante: Eugenia Sánchez Barreto

aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el secretario de educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente [...]"

De la anterior relación normativa podemos concluir que las prestaciones sociales del personal docente nacional o nacionalizado están a cargo de la Nación; y que para dar cumplimiento a dichas obligaciones, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial encargada del pago de las prestaciones sociales que reconoce la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional.

Así las cosas, si bien el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima es quien proyecta los actos administrativos en los que se resuelven las peticiones relacionadas con prestaciones sociales de los docentes, como lo reclamado corresponde a una prestación a cargo de la Nación (cesantías parciales), su eventual pago correspondería al Fondo, de maneta que es evidente su legitimación en la presente causa y por lo tanto la excepción propuesta no tiene vocación de prosperidad [...]» (Negrita y cursiva del texto).

La decisión fue notificada en estrados y no se presentaron recursos.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de "tuerca y tornillo", porque es guía y ajuste de esta última.⁴

En el *sub lite* de folio 96 a 98 y cd visible a folio 1 del cuaderno principal, el litigio se fijó sobre los hechos de la demanda, las pretensiones y el problema jurídico, así:

«[...] Hechos relevantes de la demanda:

6.1.1. Que la señora EUGENIA SÁNCHEZ BARRETO ha prestado sus servicios de manera ininterrumpida al Departamento del Tolima desde el 18 de mayo de 1996 y hasta la fecha de la solicitud de la prestación.

6.1.2. Que mediante formato entregado por la Secretaría de Educación departamental del Tolima presentó el 7 de enero de 2014 la solicitud para el reconocimiento y pago de su cesantía parcial.

6.1.3. Que la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución No. 2472 del 30 de abril de 2014 reconoció y ordenó el pago de la cesantía parcial en cuantía de \$22.481.646.

6.1.4. Que a pesar de la fecha de vinculación, la entidad demandada aplicó, a efectos de liquidar su cesantía parcial, el régimen contemplado en el literal B) numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y no el contemplado en la Ley 6ª de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, Ley 344 de 1996 que consagran su pago en forma retroactiva.

6.1.5. Que la Resolución No. 2472 del 30 de abril de 2014 fue notificada el 26 de mayo de 2014.

⁴ Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda (2015). *Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.



Según lo expuesto por el apoderado judicial del Departamento del Tolima en la contestación de la demanda, lo indicado en los hechos 1, 2, 3 y 4 es cierto, y lo señalado en el hecho 5 no es cierto.

Por su parte, la apoderada judicial del Ministerio de Educación Nacional señaló que lo indicado en los hechos 1, 2, 3 y 5 es cierto, y lo expuesto en el hecho 4 no es cierto.

6.2. Pretensiones

6.2.1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 2472 del 30 de abril de 2014, notificada el 26 de mayo de 2014, expedida por la Secretaría de Educación Departamental del Tolima, por la cual se reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a la docente EUGENIA SÁNCHEZ BARRETO.

6.2.2. Que se declare que la docente EUGENIA SÁNCHEZ BARRETO tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional le reconozca y pague, a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la cesantía parcial de manera retroactiva tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente (18 de mayo de 1996) y liquidada sobre el último salario devengado a la fecha de presentación de la solicitud, con la totalidad de los factores salariales, de conformidad con la Ley 6ª de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, Ley 91 de 1989, Ley 344 de 1996 que consagran su pago en forma retroactiva.

6.2.3. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a pagar el valor resultante entre la reliquidación por concepto de cesantía parcial retroactiva debidamente liquidada desde el 18 de mayo de 1996, momento de su vinculación a la docencia oficial, es decir la suma de \$53.820.404 y la cantidad efectivamente reconocida conforme a la Resolución No. 2472 del 30 de abril de 2014 equivalente a \$22.481.646 por lo que la diferencia corresponde a \$31.338.758.

6.2.4. Que se ordene a la entidad demandada a que dé cumplimiento al fallo conforme a lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 192 y numerales 1, 2 y 3 del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.

6.2.5. Que se condene a la entidad demandada a que sobre ñas sumas adeudadas se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, según lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

6.2.6. Que se condene en costas a la entidad demandada.

Problema jurídico a resolver

De conformidad con los hechos y las pretensiones relacionada, **el problema jurídico a resolver consiste en determinar** si la señora EUGENIA SÁNCHEZ BARRETO en su condición de docente vinculada al servicio el 18 de mayo de 1996, tiene derecho a que sus cesantías sean liquidadas con el régimen de retroactividad, o si por el contrario, el sistema aplicable para la liquidación de sus cesantías es el anualizado; es decir, si se ajusta o no a la legalidad la Resolución No. 2472 del 30 de abril de 2014, proferida por el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima. [...]»

La anterior decisión se notificó en estrados y las partes manifestaron estar de acuerdo.



Radicado: 73001-23-33-000-2014-00740-01 (3723-2017)
Demandante: Eugenia Sánchez Barreto

SENTENCIA APELADA⁵

El *a quo* profirió sentencia de forma escrita, en la cual denegó las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar, realizó el estudio del régimen de cesantías aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para concluir que los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 poseen cesantías retroactivas y los que se posesionaron con posterioridad al 1.º de enero de 1990, tienen un régimen de liquidación anual de dicha prestación, lo anterior también fue previsto por el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, al señalar que el régimen prestacional aplicable a las nuevas vinculaciones es el reconocido por la Ley 91 de 1989.

Seguidamente, analizó las pruebas allegadas al plenario, para afirmar que la demandante al haber sido vinculada como docente a partir del 18 de mayo de 1996, quedó sometida al régimen de cesantías anualizadas, motivo por el cual, no era procedente aplicar la retroactividad deprecada y, en este sentido, las pretensiones invocadas no estaban llamadas a prosperar.

Finalmente, condenó en costas a la parte demandante.

RECURSO DE APELACIÓN⁶

La demandante solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda, conforme los argumentos que a continuación se exponen:

La parte apelante transcribió apartes de una sentencia relacionada con la señora Norma Constanza Pérez Monroy, como si se tratara de la providencia apelada, para sostener que el Tribunal erró en su decisión porque en el expediente obra prueba de que la demandante se vinculó a través del Decreto 033 de 1994 como docente cofinanciada en la Institución Educativa del Municipio de Alpujarra y que posteriormente fue trasladada a la I.E. del Municipio de Santa Isabel, motivo por el cual sostuvo que no le asistió razón al *a quo* al declarar que la demandante siempre ha ostentado la calidad de docente nacionalizada.

En ese sentido, hizo referencia a la providencia del 10 de febrero de 2011 proferida por esta Corporación, de la cual sintetizó que el Tribunal únicamente tuvo en cuenta el contenido normativo de la Ley 91 de 1989 y excluyó todas las demás disposiciones que regulan las pretensiones, lo cual concluyó a partir de la declaración del carácter de docente nacionalizada, pese a haber sido vinculada por la entidad territorial y haber laborado siempre al servicio del Departamento del Tolima.

Agregó que era deber del *a quo* estudiar el caso concreto bajo el amparo de todas las normas que regulaban el tema, y que de no haberse omitido dicho análisis, se hubiese concluido en primera instancia que debía declararse la nulidad parcial del acto administrativo demandado.

⁵ Folios 124 a 131.

⁶ Folios 140 a 144.



En esos términos, indicó:

«[...] En los términos de la providencia del Consejo de Estado que se registró, quedó expuesto: “Dado que la demandante es una docente del régimen territorial, vinculada desde 1981 al Municipio de Leiva (antes del 30 de diciembre de 1996), sus cesantías deberán liquidarse con retroactividad, pues así lo establecen el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, según el cual el personal docente de vinculación territorial (distrital, departamental o municipal) será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y se les respetará el régimen prestacional de la respectiva entidad territorial.” (Sombreados míos), circunstancia similar ocurre en el caso concreto, pues, la demandante señora PÉREZ MONROY, siempre ha laborado como docente del régimen territorial y su vinculación fue anterior al 30 de diciembre de 1996, por lo tanto efectuando en un correcto análisis normativo, en concordancia con la posición del Consejo de Estado frente al tema de estudio, la prestación –cesantía- debe reconocerse y liquidarse bajo las normas que regulan la sistema de cesantías retroactivas. [...]»

Asimismo, sostuvo que la fuente de la obligación se encuentra en el artículo 2 del Decreto 196 de 1995, que regula que los docentes departamentales, distritales y municipales son aquellos vinculados por nombramiento de la respectiva entidad territorial con cargo a su propio presupuesto y que pertenecen a su planta de personal o aquellos docentes financiados o cofinanciados por la Nación, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales.

Al respecto, agregó que:

«[...] concurre en el caso concreto, un hecho adicional que concuerda plenamente con la conclusión a la que arribó esa H. Corporación, es una adecuada interpretación del artículo 2 literal b) del Decreto 196 de 1995, y es que la demandante conforme al acto de nombramiento y permanencia en el cargo -docente- tuvo la característica de ser cofinanciada, así puede advertirse de la lectura del Decreto 033 de enero 13 de 1994 expedido por el Gobernador del Departamento del Tolima mediante el cual se le vinculó al servicio docente, mantuvo tal calidad según se deduce del contenido del Decreto N° 674 de 1996 por medio del cual por disposición de la misma autoridad se dispuso el traslado como docente –cofinanciada- del Municipio de Alpujarra a la Institución Educativa del Municipio de San Miguel. [...]»

Por último, consideró que no había razón para la condena en costas porque no aparecieron probados gastos judiciales sufragados por la entidad demandada por tratarse de un asunto de puro derecho, ni se apreció la temeridad o mala fe.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Concepto del Ministerio Público⁷: La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado luego de efectuar una síntesis de lo discurrido en el proceso, analizó el régimen de las cesantías a favor de los docentes y de las pruebas aportadas, para concluir que los docentes que se vincularon a partir del 1.º de enero de 1990, nombrados con cargo a la Nación rige un sistema anualizado de cesantías, por lo que el fallo de primera instancia debe ser confirmado.

⁷ Folios 164 a 170.



Radicado: 73001-23-33-000-2014-00740-01 (3723-2017)
Demandante: Eugenia Sánchez Barreto

Las partes guardaron silencio en esta etapa procesal⁸.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁹, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

De igual forma, acorde con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso¹⁰, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Cuestión previa

De acuerdo con el recurso de apelación impetrado, la Corporación advierte que la parte apelante hace referencia a hechos y situaciones que no están relacionados con la aquí demandante, señora Eugenia Sánchez Barreto, sino que hacen referencia a Norma Constanza Pérez Monroy, particularmente, respecto del acto de vinculación al sector docente, la fecha de vinculación y la calidad como territorial, los cuales versaban igualmente sobre pretensiones similares a las del presente caso, esto es, el reconocimiento de cesantías con el régimen retroactivo.

De igual forma, de la lectura del escrito de alzada también se observa que se incluyeron referencias normativas y argumentos generales para reiterar la liquidación de las cesantías de la docente con base en el régimen retroactivo.

En ese sentido, se estima que, a pesar de lo anterior, el objeto del recurso no es otro que revocar la decisión del Tribunal para que, en su lugar, se acceda a la pretensión tendiente a la liquidación de sus cesantías en forma retroactiva, motivo por el cual se hará el estudio de fondo respecto a la procedencia o no del derecho a la liquidación de las cesantías retroactivas como docente vinculada con posterioridad al 1.º de enero de 1990.

Problemas jurídicos

⁸ Ver constancia secretarial obrante a folio 171.

⁹ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

¹⁰ «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

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

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.»



En ese orden, el problema jurídico que debe resolverse en esta instancia se circunscribe a los aspectos planteados en el recurso de apelación, los cuales se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿La demandante en calidad de docente tiene derecho o no, a la reliquidación de sus cesantías parciales conforme al régimen retroactivo, pese a que su vinculación al magisterio fue posterior a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989?
2. ¿Procede la condena en costas impuesta a la parte demandante en primera instancia por la decisión adversa adoptada por el tribunal en cuanto se actuó sin mala fe o temeridad?

Primer problema jurídico

¿La demandante en calidad de docente tiene derecho o no, a la reliquidación de sus cesantías parciales conforme al régimen retroactivo, pese a que su vinculación al magisterio fue posterior a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989?

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

Régimen de cesantías aplicable a los empleados públicos.

La Ley 6ª de 1945, en el artículo 17, señaló que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, gozarían, entre otras prestaciones, de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, para lo cual solamente se tendría en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1.º de enero de 1942¹¹.

A su turno, mediante el artículo 1.º del Decreto 2767 de 1945 se extendieron la totalidad de las prestaciones sociales consagradas en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 a los empleados de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios, que incluyó el auxilio de cesantías¹².

Posteriormente, la Ley 65 de 20 de diciembre de 1946 modificó las disposiciones sobre cesantías, beneficios que también fueron extendidos a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios; el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946 definió los parámetros para su liquidación¹³; y el Decreto 1160 de 28

¹¹ «ARTICULO 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

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

¹² «Artículo 1.º Con las solas excepciones previstas en el presente decreto, los empleados y obreros al servicio de un Departamento, Intendencia, Comisaría o Municipio tiene derecho a la totalidad de las prestaciones señaladas en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, y el artículo 11 del Decreto 1600 del mismo año para los empleados y obreros de la Nación. A la entidad que alegue estar comprendida en uno de los casos de excepción, de corresponderá probarlo.»

¹³ El auxilio de cesantía a que tengan derecho los empleados y obreros al servicio de la Nación, los Departamentos y los Municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará



Radicado: 73001-23-33-000-2014-00740-01 (3723-2017)
Demandante: Eugenia Sánchez Barreto

de marzo de 1947 previó que tendría derecho a dicho auxilio, el empleado inscrito o no en carrera administrativa, sea cual fuere la causa de su retiro, con la aclaración de que el monto de la prestación era equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente al tiempo laborado, si era inferior a ese lapso.

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

Luego, el Decreto 3118 de 1968 creó el Fondo Nacional del Ahorro, FNA, como un establecimiento público vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico, que dentro de sus objetivos, en el artículo 2.º señaló:

«[...]»

- a. Pagar oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales;
- b. Proteger dicho auxilio contra depreciación monetaria, mediante el reconocimiento de intereses sobre las sumas acumuladas a favor del empleado o trabajador;
- c. Contribuir a la solución del problema de vivienda de los servidores del Estado;
- d. Contribuir a la mejor organización y funcionamiento de los sistemas de seguridad social y a la futura unificación de sus servicios;
- e. Saldar el déficit actual por concepto de cesantías del sector público y establecer sistemas adecuados y reservas suficientes para atender oportunamente el pasivo a cargo del Estado por tal concepto, y
- f. Promover el ahorro nacional y encauzarlo hacia la financiación no inflacionaria de proyectos de especial importancia para el desarrollo económico y social. [...]»

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

En relación con la liquidación de las cesantías, el artículo 27 del citado Decreto 3118 de 1968, determinó:

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

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

por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce meses.



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

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

«[...] El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

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

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

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

Por otro lado, el artículo 13 de la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996¹⁴, extendió el régimen de cesantías fijado en la Ley 50 de 1990 a los servidores públicos vinculados con posterioridad a su entrada en vigencia (31 de diciembre de 1996), en virtud del cual, la liquidación definitiva debía realizarse el 31 de diciembre de cada año.

Posteriormente, se expidió el Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998¹⁵ que amplió el régimen de cesantías de que trata la Ley 50 de 1990 (anualizado) a los servidores públicos del orden territorial, así:

«[...] El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998. [...]

¹⁴ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones».

¹⁵ «Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia».



Radicado: 73001-23-33-000-2014-00740-01 (3723-2017)
Demandante: Eugenia Sánchez Barreto

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

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

Lo anterior, fue acogido por esta Corporación, que en sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016¹⁶, en la cual se señaló:

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

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

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

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

Y en el mismo sentido, el Decreto 1919 del 27 de agosto de 2002, que extendió el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos de la rama ejecutiva

¹⁶ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia de 25 de agosto de 2016. Radicación 8001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16, demandante: Yesenia Esther Hereira Castillo, demandado: Municipio de Soledad.



del poder público del orden nacional, a los servidores del orden territorial, en el artículo 3 previó que: «Los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000».

Régimen de cesantías de los docentes

Conforme a lo señalado por esta Subsección¹⁷, el artículo 1.º de la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, «por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio» distinguió entre docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, de la siguiente forma:

«[...] **Artículo 1º.**- Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

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

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

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

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

«[...] **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:
[...]

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

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

Ahora bien, pese a que allí no se indicó el régimen de cesantías aplicable a los docentes que dicha norma calificó como territoriales, lo cierto es que el legislador creó el Fondo Nacional del Prestaciones Sociales del Magisterio para atender las prestaciones sociales de los maestros nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de esta ley (91 de 1989), con

¹⁷ Sentencias de la Sección Segunda, Subsección A: (i) de 19 de octubre de 2017 (número interno 5010-2015) y 27 de noviembre de 2017 (número interno 0472-2016), consejero ponente: William Hernández Gómez, y (ii) de 19 de enero de 2015 (número interno 4400-2013) y 25 de marzo de 2010 (número interno 0620-2009), consejero ponente: Gustavo Gómez Aranguren.



Radicado: 73001-23-33-000-2014-00740-01 (3723-2017)
Demandante: Eugenia Sánchez Barreto

observancia del régimen ya señalado y «de los que se vinculen con posterioridad a ella» (subraya fuera de texto), tal como lo previó el artículo 4 *ejusdem*.

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

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

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

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

De manera particular, en lo que atañe a las cesantías, el numeral 3 de este mismo artículo reguló:

«[...] 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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional- [...]» (Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-489 de 2000, siempre y cuando se entienda que las situaciones jurídicas particulares y concretas que se hubieran consolidado antes de entrar en vigencia la ley 91/89, esto es, antes del 29 de diciembre de 1989, quedan a salvo de la nueva normatividad por cuanto constituyen derechos adquiridos que el legislador no podía desconocer).

Visto lo anterior, se concluye:



(i) que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y;

(ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1.º de enero de 1990 [lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales], se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, esto es, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

(iii) Posteriormente, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, señaló que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales, sin solución de continuidad, y los de las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989.

En este sentido, el personal docente que continuaba con vinculación departamental, distrital y municipal¹⁸ sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

Por tanto, la obligación de incorporar a los docentes departamentales, distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales al Fomag surgió con el Decreto 196 de 1995, que en el artículo 5 determinó que se debía respetar el régimen prestacional que tuvieran los docentes al momento de su vinculación, y conforme a lo previsto en el artículo 7 *ibidem* el reconocimiento de las cesantías y los intereses sobre estas, quedaba a cargo de la entidad territorial, cuando no se realizara dicho traslado.

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

1. A través del Decreto 029 del 18 de mayo de 1996, el alcalde del Municipio de Alvarado nombró a la demandante como docente en el plantel educativo Everardo Pinzón Ariza, en el referido ente territorial, con grado 7 en el escalafón nacional docente (folio 5), posesionada el 18 de mayo de 1996, según copia de la respectiva acta visible a folio 6.

2. En la parte motiva del acto administrativo demandado, esto es, Resolución 2472 del 30 de abril de 2014, se indicó que la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el 7 de enero de 2014 (folios 3 a 4).

3. Mediante la citada Resolución 2472 del 30 de abril de 2014, la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima, en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ordenó el reconocimiento de \$23.278.568 «por concepto de liquidación parcial de cesantías», acumuladas entre los años 1996 a 2012.

¹⁸ Docentes designados por los entes territoriales sin el cumplimiento de las previsiones del artículo 10 de la Ley 43 de 1975, esto es, en plazas nuevas que no contarán con el aval de la Nación, los que conservaban el régimen prestacional de cada entidad territorial.



Radicado: 73001-23-33-000-2014-00740-01 (3723-2017)
Demandante: Eugenia Sánchez Barreto

4. Que para la liquidación de las cesantías parciales a reconocer, se tuvo en cuenta el sistema anualizado de dicha prestación, circunstancia que se evidencia en el acto administrativo acusado, toda vez que se tomó el valor de las cesantías reportadas año a año desde 1996 hasta el 2012.

Así las cosas, como lo ha señalado esta Subsección en asuntos similares¹⁹, no obstante, la demandante se vinculó como docente del departamento del Tolima en el año 1996, este nombramiento se realizó:

i) Con posterioridad al proceso de nacionalización desarrollado por la Ley 43 de 1975, que inició el 1.º de enero de 1976 y finalizó el 31 de diciembre de 1980, y, en esa medida, se le aplica el régimen prestacional y salarial de los docentes del orden nacional señalado en la Ley 91 de 1989, toda vez que las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994 mantuvieron las previsiones contempladas en la Ley 91 de 1989 para todos los docentes que se incorporen sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones a las plantas departamentales y distritales a partir del 1.º de enero de 1990.

ii) Con las facultades legales otorgadas por el artículo 9 de la Ley 29 de 1989 a los alcaldes y gobernadores para nombrar, trasladar, remover, controlar y, en general administrar el personal docente y administrativo de los establecimientos educativos nacionales o nacionalizados y cuyo nombramiento contaba con el aval del ministerio de Educación Nacional.

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

iv) Por lo tanto, en el aspecto puntual de la liquidación de cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 1.º de enero de 1990 el régimen de cesantías aplicable, es el anualizado, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 numeral 3 literal b. de la Ley 91 de 1989.

En este sentido, dado que la Ley 91 de 1989 señala que el régimen aplicable de las cesantías para los docentes que se vincularon a partir del 1.º de enero de 1990 se liquidan anualmente y sin retroactividad, no es procedente el reconocimiento de la prestación deprecada de forma retroactiva, pues como quedó estudiado en precedencia, se le debe cancelar a la demandante de forma anualizada, toda vez que se demostró que se vinculó con posterioridad a la citada fecha.

Por último, no le asiste razón a la señora Sánchez Barreto cuando alega que era docente territorial cofinanciada, al tenor de lo regulado en el artículo 2 del Decreto 196 de 1995 al sostener «[...] que la demandante conforme al acto de nombramiento y permanencia en el cargo –docente- tuvo la característica de ser cofinanciada, así

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



puede advertirse de la lectura del Decreto 033 de enero 13 de 1994 expedido por el Gobernador del Departamento del Tolima mediante el cual se le vinculó al servicio docente [...]], porque dicho acto administrativo no obra en el expediente y, en su lugar, se advierte que el acto de nombramiento de la demandante como docente fue el Decreto 029 del 18 de mayo de 1996²⁰, el cual no hace referencia alguna a que la señora Eugenia Sánchez tuviese la calidad de docente cofinanciada, es decir, el acto de nombramiento al cual se hizo referencia en el recurso no corresponde al caso de la aquí demandante.

En conclusión: En el presente asunto, toda vez que la demandante se vinculó como docente el 18 de mayo de 1996, esto es, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, el reconocimiento de sus cesantías se rige por las normas vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, el régimen anualizado, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, como lo declaró el *a quo*.

Segundo problema jurídico

¿Procede la condena en costas impuesta a la parte demandante en primera instancia por la decisión adversa adoptada por el Tribunal en cuanto actuó sin mala fe o temeridad?

Al respecto, la Subsección sostendrá la siguiente tesis: La condena en costas en contra de la parte demandante en primera instancia es procedente, en atención a que resultó vencida en el proceso, como pasa a explicarse.

De la condena en costas y agencias en derecho

Esta Subsección en providencia del 7 de abril de 2016²¹ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en los siguientes términos:

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso, llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso²², y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte del expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias en derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora, en atención a los criterios sentados en los ordinales 3.º y 4.º del artículo 366 del Código General del Proceso²³, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los

²⁰ Obrante a folio 5 del expediente.

²¹ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016 con ponencia del suscrito, Expedientes: 4492-2013, Demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

²² Artículo 171 No. 4 en concordancia con el artículo 178 *ibidem*.

²³ «[...] Falta de legitimación en la causa por pasiva [...] En este sentido, 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la



Radicado: 73001-23-33-000-2014-00740-01 (3723-2017)
Demandante: Eugenia Sánchez Barreto

honorarios pagados por dicha parte a su abogado²⁴, los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 ordinal 8.º de la ley 1123 de 2007²⁵.

En materia de lo contencioso administrativo, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través del Acuerdo 1887 de 2003²⁶ «vigente al momento de la expedición de la sentencia de primera instancia» fijó las agencias en derecho, de la siguiente manera:

«[...] 3.1.2. Primera instancia.

[...]

Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

PAR.—En los procesos ejecutivos, hasta el quince por ciento (15%) del valor del pago ordenado o negado en la pertinente decisión judicial; si, además, la ejecución comprende el cumplimiento de obligaciones de hacer, se incrementará en un porcentaje igual al que fije el juez.

En los casos en que únicamente se ordene o niegue el cumplimiento de obligaciones de hacer, hasta seis (6) salarios mínimos mensuales legales vigentes. [...]

Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en anteriores oportunidades y en materia de condena en costas, la Subsección A sostuvo que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no implicaba la condena de manera «automática» u «objetiva», frente a aquel que resultara vencido en el litigio.

Ello, en consideración a que debían observarse una serie de factores, tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis mínimo en el que el juez evaluara las circunstancias para imponerla, o no²⁷.

condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. [...]

²⁴ Criterio aceptado por la Corte Constitucional en Sentencia C-043 de 2004 y C-539 de 1999.

²⁵ Regula la norma como deber de los abogados, el de "...fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto".

²⁶ Modificado por el Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016.

²⁷ Ver entre otras, sentencias de 15 de abril de 2015, C.P. Alfonso Vargas Rincón (E), expediente No. 1343-2014. Actor: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, sentencia de 15 de octubre de 2015, Expediente: 4383-2014, Actor: Rosa Yamile Ángel Arana, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez (E), sentencia de 20 de enero de 2015, expediente número: 4583-2013, Actor: Ivonne Ferrer Rodríguez, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.



Sin embargo, esta Subsección a través de la sentencia de 7 de abril de 2016²⁸ dentro del proceso radicado bajo el número 15001-23-33-000-2012-00162-01, número interno 4492 de 2013, varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*»–CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP²⁹, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que, tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia, el juez tiene la

²⁸ Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez.

²⁹ «ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»



Radicado: 73001-23-33-000-2014-00740-01 (3723-2017)
Demandante: Eugenia Sánchez Barreto

obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.³⁰

Así mismo, de la lectura del artículo 365 del Código General del Proceso, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad.

En el presente caso, el *a quo* condenó en costas a la parte vencida, es decir a la parte demandante, pues en primera instancia se denegaron las pretensiones de la demanda en tanto que se concluyó que no se tenía el derecho al reconocimiento y pago de sus cesantías parciales, de forma retroactiva.

En conclusión: La Corporación observa que, la condena en costas realizada por el *a quo* se efectuó en aplicación del artículo 188 del CPACA, es decir, que se condenó en atención a que la nulidisciente fue vencida en el proceso, pues no prosperaron las pretensiones de la demanda.

Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden la Subsección confirmará la sentencia de primera instancia, que denegó las pretensiones de la demanda, toda vez que no se acogieron los argumentos del recurso de apelación.

De la condena en costas.

De acuerdo con los razonamientos expuestos en el último problema jurídico desarrollado en esta providencia, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso no se condenará en costas a la parte demandante porque, pese a resultar vencida en esta instancia, la parte demandada no intervino dentro del trámite del presente recurso de apelación.

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

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 10 de julio de 2017 por el Tribunal Administrativo del Tolima, que denegó las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó la señora Eugenia Sánchez Barreto contra la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: Sin condena en costas de segunda instancia.

³⁰ Regula la norma lo siguiente: “[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil [...]”.



Proceso recibido en secretaría
28 MAR. 2019
Hoy

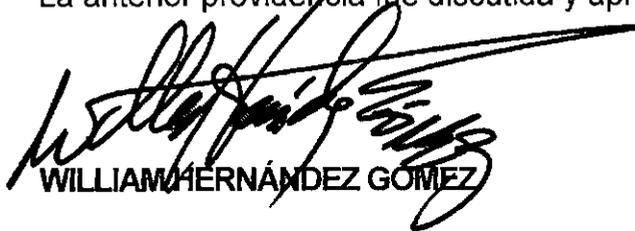
Radicado: 73001-23-33-000-2014-00740-01 (3723-2017)
Demandante: Eugenia Sánchez Barreto

Tercero: Reconocer personería al abogado Gabriel Humberto Costa López identificado con cédula de ciudadanía 19.239.017 y portador de la tarjeta profesional 31.842 del Consejo Superior de la Judicatura, para que actúe como apoderado del Departamento del Tolima, conforme al poder a él conferido (folio 172).

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS


GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ