



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

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022)

Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Expediente : 76001-23-33-000-2013-00756-01 (2224-2020)  
Demandante : **Éver José Ordóñez Castro**  
Demandado : Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag) y Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturístico de Buenaventura (Valle del Cauca)  
Tema : Falta de pago de cesantías anualizadas y sus intereses con su consecuente sanción moratoria; no vinculación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag)

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 30 de abril de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del ente territorial accionado<sup>1</sup> y negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso del epígrafe.

## I. ANTECEDENTES

**1.1 El medio de control** (ff. 12 a 17 y 43 a 45 del cuaderno principal). El señor Éver José Ordóñez Castro, a través de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag)<sup>2</sup> y el Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturístico de Buenaventura (Valle del Cauca), para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

**1.2 Pretensiones.** Se declare la nulidad de las Resoluciones 1502 de 27 de agosto de 2012 y 2021 de 9 de noviembre siguiente, expedidas por el alcalde de

<sup>1</sup> Se advierte que en la parte decisoria del fallo apelado se indicó que la excepción fue propuesta por el Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturístico de Buenaventura (Valle del Cauca); sin embargo, en la audiencia inicial celebrada el 5 de marzo de 2015 (ff. 181 a 189 del cuaderno principal) se tuvo por no contestada la demanda por parte de ese ente territorial.

<sup>2</sup> Vinculada al proceso en la audiencia inicial realizada el 13 de agosto de 2014 (ff. 130 a 134 del cuaderno principal).



Buenaventura (Valle del Cauca), a través de las cuales se le negó al actor el reconocimiento de las cesantías y sus intereses de 2003 a 2005 y la consecuente sanción moratoria por su falta de pago.

A título de restablecimiento del derecho, se condene a sufragar las cesantías y sus intereses por las anualidades de 2003 a 2005 y la respectiva sanción moratoria, con la correspondiente indexación; y en costas.

**1.3 Fundamentos fácticos.** Relata el actor que «[m]ediante Decreto No. 263 de diciembre 31 de 2007, emitido por la [a]lcaldía [d]istrital de Buenaventura, se orden[ó] la desvinculación de todos los docentes adscritos a la [s]ecretaría de [e]ducación [d]istrital [...], entre los cuales [él] se encontraba [...]».

Que, por medio de «[...] petición de fecha diciembre 03 de 2010, solicit[ó] a la entidad demandada, se le cancelaran todas las acreencias laborales dejadas de pagar durante el tiempo que este estuvo vinculado es decir hasta la fecha diciembre 31 de 2007, dicha solicitud se present[ó] ante el ente nominador a razón de que la entidad citada solo procedió a la afiliación [...] al [F]ondo de [P]restaciones [S]ociales del [M]agisterio a partir de la fecha noviembre 28 de 2005, a pesar [de] que [...] inici[ó] su relación laboral [...] en fecha abril 01 de 2003» (sic).

Afirma que, para dar respuesta a la anterior reclamación, el Distrito accionado «[...] emitió [la] Resolución No. 1502 de agosto 27 de 2012, mediante la cual [se] resolvió negativamente el derecho de petición impetrado [...]», contra la que interpuso recurso de reposición, desatado de manera desfavorable con Resolución 2021 de 9 de noviembre siguiente.

**1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** Cita como normas violadas por los actos administrativos acusados los artículos 99 (numeral 3) de la Ley 50 de 1990 y 5 (parágrafo) de la Ley 1071 de 2006.

Arguye que el accionado incurrió «[...] en faltas al no aplicar de manera cronológica y sistemática en ningún de sus apartes lo preceptuado en la Ley 50 de 1990 [a]rtículo 99 numeral 3 y en el [p]arágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, concerniente la primera en la consignación a fecha 15 de febrero de cada anualidad de las cesantías [...] y al reconocimiento y pago de las cesantías definitivas e intereses [...] y posteriormente negando la solicitud elevada mediante los [a]ctos [a]dministrativos “Resolución 1502 de agosto 27 de 2012 y 2021 de noviembre 09 de 2012, viciados de una falsa motivación que



*no tiene asidero jurídico dentro de nuestro ordenamiento [...]» (sic).*

**1.5 Contestaciones de la demanda.** La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag) y el Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturístico de Buenaventura (Valle del Cauca), a pesar de haber sido notificados en debida forma, contestaron el libelo introductorio extemporáneamente (f. 185 del cuaderno principal).

**1.6 Providencia apelada** (ff. 291 a 30 del cuaderno principal). El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia de 30 de abril de 2019, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Distrito accionado y negó las pretensiones de la demanda (con condena en costas), al considerar que *«[...] la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, si bien está legitimada por pasiva en el presente asunto, la reclamación y la demanda no se efectuó a ella siendo el acto acusado no proferido por la misma, situación que no se sana con la simple vinculación de dicha entidad al proceso, ya que en últimas a la Nación – Mineducación – Fomag no se le ha otorgado la oportunidad en sede administrativa para pronunciarse respecto de las pretensiones [...]» (sic).*

Que *«[e]n cuanto al Distrito de Buenaventura, si bien expidi[ó] los actos acusados no le asiste legitimación en la causa por pasiva [...] por cuanto no es el responsable del pago de las cesantías sino la Nación – Ministerio de [E]ducación a través del Fondo según lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, argumento que [...] se encuentra plenamente ajustado a [d]erecho, ya que efectivamente las pretensiones que se elevan en el presente medio de control, no son de competencia del ente territorial» (sic).*

En consecuencia, *«[...] si bien la motivación señalada por el Distrito de Buenaventura [...] en los actos administrativos demandados no se atempera a los parámetros y a la jurisprudencia [...] lo cierto es que como dicho ente territorial no es el competente para resolver la petición del accionante, en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías junto con las sanciones moratorias de la Ley 50 de 1990 y la Ley 244 de 1995, no hay lugar a nulitar los actos demandados».*

**1.7 El recurso de apelación** (ff. 316 a 319 del cuaderno principal). El demandante, por intermedio de apoderado, interpuso recurso de apelación, al estimar que no debió declararse probada la excepción de falta de legitimación



en la causa por pasiva del Distrito accionado, pues contestó el libelo introductorio en forma extemporánea. Además, «[...] *la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías e intereses [...] correspondientes a los años 2003 [...] [a] 2005, se elevó ante la entidad demandada ALCALDÍA DISTRITAL DE BUENAVENTURA y no ante el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en razón [a] que para la fecha de la prestación de los servicios laborales que generaron dicha prestación social, [...] no se encontraba vinculado al mencionado fondo, y así qued[ó] probado y reconocido dentro del acervo probatorio del presente proceso. [E]n ese orden de ideas, no hay lugar en el presente caso a la aplicación de la normatividad contemplada en la Ley 91 de 1989 [...]» (sic). Por tanto, en virtud de lo previsto en el Decreto 3752 de 2003, «[...] *resulta clara la responsabilidad del ente territorial [...] de reconocer y pagar la sanción moratoria tanto de las cesantías anualizadas como la de las definitivas [...]».**

## II. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto fue concedido mediante proveído de 16 de diciembre de 2019 (f. 320 del cuaderno principal) y admitido por esta Corporación a través de auto de 9 de noviembre de 2020 (f. 326 *ibidem*), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 del CPACA.

**2.1 Alegatos de conclusión.** Admitida la alzada, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de providencia de 10 de febrero de 2022 (f. 355 del cuaderno principal), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, de conformidad con lo establecido en el artículo 247 del CPACA, oportunidad en la que guardaron silencio.

## III. CONSIDERACIONES.

**3.1 Competencia.** Conforme a la preceptiva del artículo 150 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**3.2 Problemas jurídicos.** De acuerdo con el recurso de apelación, corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si la petición de pago de las cesantías, intereses y sanción moratoria del actor debía presentarse directamente ante el



Fomag, como lo concluyó el *a quo*; o si era dable formularla ante la entidad territorial nominadora, pues durante el período reclamado no estuvo afiliado al citado fondo, según lo asevera en la alzada.

Dilucidado lo anterior, establecer si al demandante le asiste razón jurídica o no para reclamar del Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturístico de Buenaventura el pago de las cesantías causadas de 2003 a 2005 (como lo depreca en el libelo introductorio) con sus intereses y la respectiva sanción moratoria por su consignación tardía de acuerdo con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; y, de ser cierto, si operó el fenómeno jurídico-procesal de la prescripción extintiva.

**3.3 Marco jurídico.** En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

El auxilio de cesantías es una prestación social a la que todos los empleados del Estado tienen derecho, cuya finalidad primaria consiste en «[...] *cubrir o prever las necesidades que se originan para el trabajador con posterioridad al retiro de una empresa, por lo que resulta un ahorro obligado orientado a cubrir el riesgo de desempleo*»<sup>3</sup>, que actualmente también promueve el acceso de los trabajadores a los componentes de educación y vivienda.

De acuerdo con el artículo 115 de la Ley 115 de 1994, los docentes oficiales se benefician del reconocimiento del auxilio de cesantías de acuerdo con los parámetros establecidos por el artículo 15 (numeral 3) de la Ley 91 de 1989, norma que distingue entre los que se benefician del régimen de cesantías retroactivas y aquellos a quienes les es aplicable el de cesantías anualizadas con pago de intereses y sin retroactividad, así:

### 3. Cesantías:

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.

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia C-823 de 4 de octubre de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño.



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, acumulados 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.

Según lo anterior, corresponde al Fomag liquidar y reconocer el auxilio de cesantías parciales o definitivas de los docentes oficiales afiliados, actividad que, en virtud de la *«prestación descentralizada de los servicios»* consagrada en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 y de la delegación de que trata el artículo 9 *ibidem*, desarrolla a través de las secretarías de educación de los entes territoriales. Mientras que el pago de la prestación debe ser efectuado a través de la sociedad fiduciaria que administre los recursos del fondo, que en la actualidad es la Fiduprevisora SA.

En paralelo, correspondía a cada entidad territorial el reconocimiento de las cesantías del personal docente no afiliado al Fomag, situación que en términos del artículo 7 del Decreto 196 de 1995, hacía responsables del pago de las prestaciones sociales de los docentes departamentales, distritales y municipales causadas antes de su incorporación al Fondo. Más adelante, el Decreto 3752 de 2003<sup>4</sup> dispuso que los docentes del servicio público educativo vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberían ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, norma a partir de la cual el reconocimiento y pago de las cesantías parciales y definitivas estuvo concentrado en esa entidad, en los siguientes términos:

Artículo 1º. Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y

---

<sup>4</sup> «Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones».



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.

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 [subrayas de la Sala]

Artículo 2°. Prestaciones sociales causadas. Se entiende por causación de prestaciones el cumplimiento de los requisitos legales que determinan su exigibilidad.

Las prestaciones sociales de los docentes causadas con anterioridad a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones estarán a cargo de la respectiva entidad territorial o de la entidad de previsión social a la cual se hubieren realizado los aportes.

Las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones serán reconocidas de conformidad con lo que establezca la Ley y se pagarán por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sin perjuicio de lo anterior, el reconocimiento y pago de prestaciones sociales que se causen a favor de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se limitará al período de cotizaciones que haya efectivamente recibido el Fondo y al valor del pasivo actuarial que le haya sido efectivamente cancelado.

En los términos de la normativa citada en precedencia, los entes territoriales están obligados a afiliar a los docentes vinculados a su planta de personal al Fomag, incluso si se trata de nombramientos provisionales, so pena de responder por la totalidad de las correspondientes prestaciones sociales.

En todo caso, se tiene que los docentes vinculados a partir del 1°. de enero de 1990 gozan del régimen de cesantías anualizadas, prestación que a partir de la entrada en vigor de la Ley 344 de 1996, debe liquidarse de acuerdo con lo previsto por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que prevé:



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. [...]

Conforme a la normativa transcrita se tiene entonces que los docentes oficiales que se vincularon a partir del 1º. de enero de 1990 les es aplicable el régimen de cesantías anualizadas regulado por la Ley 50 de 1990, que dispone la realización de la liquidación anual de dicha prestación social con pago de intereses, suma que deberá ser consignada en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de retardo.

Por otra parte, en lo atañedor a la prescripción de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías, la sección segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016<sup>5</sup>, precisó:

1.- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción.

2.- La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

3.- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago.

4.- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en

<sup>5</sup> Expediente 08001-23-31-000-2011-00628-01 (528-14) CE-SUJ2-004-16, C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.



la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.

5.- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.

No obstante, en auto de 7 de noviembre de 2019<sup>6</sup>, esta sección consideró necesario aclarar el alcance de la citada providencia, dadas algunas inconsistencias entre las conclusiones adoptadas en lo que dice relación con el cómputo del término prescriptivo de la sanción moratoria y la solución dada al caso allí tratado, por lo que seleccionó el expediente con fines de unificar jurisprudencia, escenario en el cual profirió la sentencia CE-SUJ-SII-022-2020<sup>7</sup>, por medio de la que fijó las siguientes reglas:

**PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA** en la Sección Segunda del Consejo de Estado, para señalar en cuanto a la prescripción de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, las siguientes reglas jurisprudenciales:

i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, el 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.

ii) En el evento en que se acumulen anualidades sucesivas de mora en la consignación de cesantías anualizadas, el término prescriptivo de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 deberá contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria por la anualidad correspondiente, so pena de su extinción.

De conformidad con lo anterior, el término de prescripción de que trata el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en el caso de la sanción por mora prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, debe computarse desde el primer día en que se cause el incumplimiento, de

<sup>6</sup> Expediente 08001-23-33-000-2013-00666-01 (833-16).

<sup>7</sup> Consejo de Estado (sección segunda), sentencia CE-SUJ-SII-022-2020 de 6 de marzo de 2020; expediente 08001-23-33-000-2013-00666-01 (833-16).



manera que si la exigibilidad de aquella sanción se origina el 15 de febrero frente a las cesantías correspondientes a la anualidad inmediatamente anterior, la respectiva reclamación administrativa deberá ser presentada dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva<sup>8</sup>. Asimismo, en el caso de acumulación de anualidades, el término prescriptivo deberá contabilizarse de manera independiente por cada año.

En este orden de ideas, resulta claro que, por omitir consignar las cesantías en los términos previstos en el régimen anualizado, el empleador, como se dijo, tendría que pagar la sanción moratoria dispuesta en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esto es, un día de salario por cada uno de retardo, la cual puede verse afectada por la prescripción de no ser reclamada dentro de los tres años siguientes a la fecha en que se origina.

**3.4 Caso concreto.** A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

a) Decreto 18 de 1º. de abril de 2003 (ff. 89 a 92 del cuaderno principal), expedido por el alcalde del Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturístico de Buenaventura (Valle del Cauca), a través del cual el actor fue nombrado como docente, cargo del que tomó posesión en ese día y que desempeñó hasta el 31 de diciembre de 2007, cuando fue desvinculado del empleo con el Decreto 263 de dicha fecha, dictada por aquel funcionario (ff. 91 a 94 *ibidem*).

b) Decreto 53 de 14 de febrero de 2008 (ff. 95 y 96 del cuaderno principal), proferido por el alcalde del ente territorial accionado, cuyo artículo segundo dispone:

EXCLUIR de la relación prevista en el [a]rtículo [p]rimero del Decreto N° 263 de 31 de diciembre de 2007 para efectos de terminación de nombramientos provisionales, a los siguientes docentes vinculados al servicio educativo estatal de Buenaventura, en provisionalidad en áreas técnicas, reservadas al concurso:

---

<sup>8</sup> El suscrito ponente se había apartado de tal interpretación, adoptada por la sala de subsección mayoritaria en ocasiones anteriores, por considerar que dicha sanción tiene su causación cada día de no pago hasta cuando se consigne el valor del auxilio de cesantías, por lo que podría haber una prescripción parcial, si se reclama dentro de los 3 años siguientes a su cancelación.



Nombre	Cédula	Situación del cargo
[...] ORDÓÑEZ ÉVER JOSÉ	16.503.559	PROVISIONAL ÁREA TÉCNICA

[...] (sic para toda la cita).

c) El 3 de diciembre de 2010<sup>9</sup> el accionante pidió del demandado «[...] *el pago de prestaciones sociales [...] dentro de las que se encuentran las cesantías e intereses a las cesantías*» correspondiente a los años 2003 a 2005, negado con Resolución 1502 de 27 de agosto de 2012 (ff. 26 a 28 del cuaderno principal), contra la que aquel interpuso recurso de reposición (ff. 118 a 120 *ibidem*), resuelto desfavorablemente por medio de Resolución 2021 de 9 de noviembre siguiente (ff. 2 a 4 *ibidem*).

d) Oficio 20150160001131 de 4 de mayo de 2015 (f. 3 del cuaderno de pruebas), firmado por el director de prestaciones económicas de la Fiduprevisora SA, según el cual:

[...] consultada la [b]ase de [d]atos de docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se certifica que el [...] [demandante] se encuentra vinculado al Fondo [...] por [v]inculación al [s]ervicio [e]ducativo [e]statal con la [s]ecretaría de **BUENAVENTURA – VALLE DEL CAUCA**, de la siguiente manera:

Nombramiento:	Provisional en una vacante definitiva.
Tipo de vinculación:	Municipal.
Origen de la vinculación:	En virtud del [D]ecreto 3752/2003.
Régimen de cesantías:	Anualidad.
Fecha de posesión:	Abril 1 de 2003.
Fecha de [a]cto [a]dministrativo:	Abril 1 de 2003
Número [a]cto administrativo:	018 A.
Fecha de afiliación nombramiento:	Noviembre 28 de 2005.
Estado de afiliación:	Activo

[...] (sic para toda la cita).

De las pruebas relacionadas, se colige que el actor (i) laboró, como docente, para el Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturístico de Buenaventura (Valle del Cauca) desde el 1°. de abril de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2007, empero con Decreto 53 de 14 de febrero de 2008, luego de trascurrir más de 30 días hábiles, fue reincorporado al servicio docente oficial, vinculación que se presume que ha permanecido, pues las partes no

<sup>9</sup> Según se desprende de la Resolución 1502 de 27 de agosto de 2012 (ff. 26 a 28 del cuaderno principal), dado que el documento aportado, obrante en los folios 282 y 283 *ibidem*, no cuenta con sello de recibido por la entidad.



controvirtieron ese hecho; (ii) fue afiliado al Fomag a partir del 28 de noviembre de 2005, a pesar de su nombramiento y posesión desde fecha anterior; y (iii) el 3 de diciembre de 2010 deprecó de la Administración el reconocimiento de las cesantías y sus intereses de 2003 a 2005 y la consecuente sanción moratoria por su falta de pago, lo que le fue negado con los actos acusados.

Para resolver el primero de los problemas jurídicos planteados, debe precisarse que en la audiencia inicial celebrada el 5 de marzo de 2015 (ff. 181 a 189 del cuaderno principal), el Tribunal de instancia advirtió que «[...] i) *el proceso fue admitido [...] mediante auto del 14 de noviembre de 2013 [...]; ii) que la entidad demanda[da] MUNICIPIO DE BUENAVENTURA, fue notificada a través del correo electrónico [...] el 12 de marzo de 2014, [...] de igual manera la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, [...] el 20 de agosto de 2014 [...]; iii) que las entidades demandadas no dieron contestación a la demanda dentro de la oportunidad legal otorgada*» (sic). Asimismo, precisó que «[n]o se propusieron excepciones previas, toda vez que las entidades contestaron por fuera de término». Estas decisiones fueron notificadas en estrados y contra ellas no se interpuso recurso alguno, por lo que las partes quedaron vinculadas a su contenido.

No obstante, en el fallo apelado el *a quo* declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva «[...] *propuesta por el Distrito de Buenaventura (V)*» (sic), conclusión que no corresponde a la realidad procesal y fáctica de este trámite judicial, en la medida en que, como se expuso en precedencia, las entidades accionadas no contestaron el libelo introductorio de manera oportuna, por lo que sus escritos se tienen como no presentados, en virtud del artículo 97 del Código General del Proceso (CGP)<sup>10</sup>, aplicable por la remisión expresa del 306 del CPACA. Por tanto, le asiste razón al accionante frente a que el *a quo* no podía declarar probada una excepción que no fue planteada por uno de los demandados; sin embargo, resulta necesario determinar la autoridad responsable de la petición que generó la expedición de las resoluciones acusadas.

---

<sup>10</sup> «Falta de contestación o contestación deficiente de la demanda. La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto. [...]».



En ese entendimiento, esta Sala destaca que la Ley 962 de 2005<sup>11</sup> (artículo 56<sup>12</sup>) prevé que las prestaciones sociales pagaderas a los docentes oficiales son reconocidas y pagadas por el Fomag, a través de la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien lo administre, el cual, en todo caso, debe ser elaborado por la respectiva secretaría de educación del ente territorial certificado, al que se encuentre vinculado el maestro. Este trámite, a su vez, se encuentra reglamentado en los artículos 2 a 5 del Decreto 2831 de 2005<sup>13</sup>, así:

Artículo 2°. Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite.

Artículo 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con

---

<sup>11</sup> «Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos».

<sup>12</sup> «Racionalización de trámites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la 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. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial».

<sup>13</sup> «Por el cual se reglamentan el inciso 2° del artículo 3 y el numeral 6 del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones».



los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.

2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.

3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.

4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.

5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.

Parágrafo 1°. Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.

Artículo 4°. Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.



Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.

Artículo 5°. Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.

De conformidad con las precitadas disposiciones, los actos administrativos a través de los cuales se reconozcan y paguen prestaciones económicas a favor de los afiliados al Fomag son decisiones en las que intervienen (i) la secretaría de educación del ente territorial nominador del docente peticionario, por medio de la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional y (ii) la fiduciaria encargada de administrar los recursos de dicho Fondo, que debe aprobar o improbar tal proyecto, según la documentación que para ese efecto le sea enviada.

Sin embargo, a pesar de las anteriores atribuciones, se destaca que es el Fondo el que, a través de la correspondiente secretaría de educación territorial, expide el acto administrativo mediante el cual se ordena el pago de la prestación reclamada, según lo preceptuado en el Decreto 2831 de 2005, circunstancia respecto de la que esta Corporación «[...] *ha sido pacífica en establecer que es el FOMAG el patrimonio autónomo que a través de la secretaría de educación del ente territorial correspondiente, le está dada la función de expedir el acto administrativo de liquidación de la prestación deprecada por el educador peticionario y en tal virtud, es el fondo el responsable, en tanto que por mandato legal fue creado como una cuenta especial de la Nación para atender las prestaciones sociales de los maestros oficiales [...]*»<sup>14</sup> (sic).

En tales condiciones, en el asunto *sub examine* se tiene que si bien el accionante solicitó del Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturismo de Buenaventura (Valle del Cauca) el reconocimiento y pago de las cesantías, intereses y sanción moratoria, lo cierto es que dicha reclamación se formuló conforme a las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005, los cuales preceptúan que la atención de las peticiones sobre prestaciones sociales a cargo del Fomag debe realizarse por intermedio de las secretarías de educación

---

<sup>14</sup> Sección segunda, subsección B, sentencia de 25 de septiembre de 2020, expediente 76001-23-33-000-2013-00752-01 (6069-2018).



territoriales certificadas o la dependencia que haga sus veces, a las que les compete (i) la recepción y radicación cronológica de aquellas; (ii) la expedición, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, de la certificación de tiempo de servicios y régimen salarial y prestacional del docente solicitante; y (iii) la remisión, igualmente dirigida a esa entidad, del proyecto de acto administrativo de reconocimiento para su eventual aprobación.

A pesar de lo anotado, si bien, en principio, la actuación adelantada por el demandante comportó el cumplimiento de los trámites legales previstos por el legislador para el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fomag, se destaca que, según el material probatorio traído al proceso, la afiliación a dicho Fondo se realizó a partir del 28 de noviembre de 2005, aunque su posesión como docente oficial fue el 1º. de abril de 2003, circunstancia que conlleva examinar cuál es la autoridad responsable de tales emolumentos cuando se trata de maestros no afiliados al Fomag.

Al respecto, de acuerdo con el Decreto 195 de 1995, son las entidades territoriales las que tienen a su cargo esa función en los eventos en que no hayan afiliado a su personal docente al Fomag, como es el caso *sub examine*, en el que solo hasta el año 2008 se dio la afiliación del accionante.

Sobre este particular, el Decreto 3752 de 2003 preceptúa:

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

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

Parágrafo 2º. 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.



Según las citadas disposiciones, colige esta Corporación que con ocasión de la ausencia de afiliación del docente al mencionado Fondo, el Distrito demandado era el que tenía a cargo la cancelación de las cesantías de 2003 a 2005, por lo que la responsabilidad de la referida afiliación recae únicamente en la Administración territorial.

Establecido lo anterior, en atención a las reglas de unificación fijadas en la sentencia CE-SUJ007 de 25 de agosto de 2016<sup>15</sup>, las cesantías anualizadas no prescriben siempre que la relación laboral se encuentre vigente o se soliciten de manera oportuna, por lo que al (i) ser las cesantías reclamadas de los años 2003 a 2005, (ii) haberse dado una ruptura temporal en el vínculo laboral como docente el 31 de diciembre de 2007, pues fue reincorporado el 14 de febrero de 2008, en la misma condición; y (iii) presentar la respectiva reclamación el 3 de diciembre de 2010, se observa que, pese a que hubo solución de continuidad en su relación laboral, no ha operado la prescripción de ese auxilio, comoquiera que no trascurrieron más de 3 años entre la terminación del primer vínculo y la petición de esas cesantías adeudadas, de conformidad con el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social<sup>16</sup>, prestación que deberá ser sufragada por el ente territorial con sus propios recursos, habida cuenta de que faltó a su deber de afiliación del actor al Fomag desde el inicio de su vinculación, según se acreditó en este proceso. Igualmente, vale advertir que, según el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el pago de las cesantías anualizadas deberán incluirse «[...] *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*».

Diferente destino sigue la sanción moratoria pretendida, toda vez que ella sí está sometida al fenómeno prescriptivo, como fue advertido en el estudio normativo y jurisprudencial efectuado en el acápite anterior, por cuanto dicha sanción resulta exigible a partir del 15 de febrero de cada año respecto de las cesantías causadas en el inmediatamente anterior y debe ser reclamada, de acuerdo con las reglas adoptadas en la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ-SII-022-2020<sup>17</sup>, dentro de los tres años siguientes, so pena de la ocurrencia de la prescripción de ese derecho.

<sup>15</sup> Expediente 08001-23-31-000-2011-006328-01 (528-14) CE-SUJ2-004-16, C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

<sup>16</sup> «Artículo 151. Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual».

<sup>17</sup> Consejo de Estado (sección segunda), sentencia CE-SUJ-SII-022-2020 de 6 de marzo de 2020; expediente 08001-23-33-000-2013-00666-01 (833-16).



Cabe anotar que si bien el mencionado fallo de unificación proferido por esta sección segunda<sup>18</sup>, en el cual se precisó el cómputo del término de prescripción de la sanción por mora en el pago de las cesantías del régimen anualizado previsto en la Ley 50 de 1990, fue dictado con posterioridad a la providencia de primera instancia, en dicha oportunidad la Corporación advirtió que «[...] *las reglas jurisprudenciales que se definen en [esa] sentencia deben aplicarse de manera retrospectiva a todos los casos pendientes de decisión tanto en vía administrativa como en vía judicial*».

En el presente caso no se evidencia que el Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturístico de Buenaventura (Valle del Cauca) haya consignado las cesantías de 2003 a 2005, en clara infracción del término preceptuado por la Ley 50 de 1990, esto es, antes del 15 de febrero siguiente a cada período de liquidación anual, razón por la cual, en principio, le asistiría derecho a solicitar la sanción moratoria que ahora pretende.

Sin embargo, para cada período el interesado disponía de tres años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a la causación de la prestación, para pedir la sanción por mora en el pago de las cesantías anualizadas de 2003 a 2005, interregno en el que operó el fenómeno jurídico-procesal de la prescripción extintiva de ese derecho, por cuanto la última de tales vigencias debía solicitarse a más tardar el 15 de febrero de 2009<sup>19</sup>, so pena de su extinción, plazo que fue ampliamente superado, comoquiera que la correspondiente reclamación fue formulada el 3 de diciembre de 2010.

Frente a la sanción moratoria por el no pago de las cesantías definitivas, que menciona el accionante en su escrito de alzada, se observa que en las pretensiones de la demanda no se incluyó esa súplica, por lo que resultaría violatorio del principio de congruencia de la sentencia y del derecho al debido proceso de la demandada emitir pronunciamiento sobre este aspecto.

En consecuencia, el demandante acierta parcialmente en sus argumentos de apelación, en la medida en que, por un lado, no le era dable al Tribunal de instancia declarar probada una excepción formulada en una contestación de demanda presentada en forma extemporánea; y, por otro, sí le asiste derecho al pago de las cesantías anualizadas de 2003 a 2005, junto con sus intereses legales del 12%, conforme se explicó en precedencia. No obstante, la sanción moratoria

---

<sup>18</sup> Sentencia de unificación de 6 de marzo de 2020, expediente 08001-23-33-000-2013-00666-01 (833-16).

<sup>19</sup> Debido a que se causó el 15 de febrero de 2006.



por la falta de pago de esas cesantías prescribió, de acuerdo con el derrotero jurisprudencial expuesto.

Por último, en relación con la condena en costas y las agencias en derecho que corresponde a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, esta Corporación, en sentencia de 1º. de diciembre de 2016<sup>20</sup>, se pronunció así:

En ese orden, la referida norma especial que regula la condena en costas en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo dispone:

**Artículo 188. Condena en costas.** 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.

La lectura interpretativa que la Sala otorga a la citada regulación especial gira en torno al significado del vocablo disponer, cuya segunda acepción es entendida por la Real Academia Española como «2. *tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse*».

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación *per se* contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución (artículo 366 del CGP).

En tal virtud, a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.

Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, cuando por ejemplo sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; se aduzcan calidades inexistentes; se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y

<sup>20</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, expediente 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.



expedito del proceso; o se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP).

Así las cosas, frente al resultado adverso a los intereses de la demandante, se tiene que ejerció de forma legítima el reclamo por la vía judicial del derecho que le asistía de acceder a la pensión gracia, pues con base en el ordenamiento que la rige y los lineamientos jurisprudenciales en la materia, así lo consideró.

Por consiguiente, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, puesto que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte demandada, no se impondrá condena en costas.

**3.5 Síntesis de la Sala.** Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se revocará el fallo de primera instancia (que declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y negó las pretensiones de la demanda) y, en su lugar, se declarará la nulidad de los actos administrativos demandados y, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará al ente territorial accionado sufragar, con sus propios recursos, las cesantías anualizadas de 2003 a 2005 a las que el demandante tiene derecho, junto con sus intereses legales del 12%; y se negarán las demás pretensiones de la demanda, referentes a la sanción moratoria por la falta de pago de esas cesantías, por haberse configurado el fenómeno jurídico-procesal de la prescripción.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada se actualizarán de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = Rh \cdot \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$



Se aclara que por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, conforme el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **FALLA:**

1. Revócase la sentencia de 30 de abril de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y negó las pretensiones de la demanda en el proceso instaurado por el señor Éver José Ordóñez Castro contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag) y el Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturismo de Buenaventura (Valle del Cauca), conforme a la parte motiva; en su lugar:

1.1 Declárase la nulidad de las Resoluciones 1502 de 27 de agosto de 2012 y 2021 de 9 de noviembre siguiente, proferidas por el alcalde del Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturismo de Buenaventura (Valle del Cauca), a través de las cuales se negó la petición de las cesantías de 2003 a 2005, formulada por el actor el 3 de diciembre de 2010, de acuerdo con la motivación.

1.2 A título de restablecimiento del derecho, ordénase al Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturismo de Buenaventura (Valle del Cauca) sufragar, con sus propios recursos, al señor Éver José Ordóñez Castro las cesantías anualizadas de 2003 a 2005, junto con sus intereses legales del 12%, según lo expuesto.

1.3 Decrétase el fenómeno jurídico-procesal de la prescripción extintiva respecto de la sanción moratoria por la falta de pago de las aludidas cesantías anualizadas, de acuerdo con la parte considerativa

1.4 El Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturismo de Buenaventura (Valle del Cauca) hará la actualización sobre las sumas adeudadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) del CPACA, teniendo en cuenta los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula matemática adoptada por el



Consejo de Estado, a saber:

R = Rh. índice final  
índice inicial

1.5 El Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturismo de Buenaventura (Valle del Cauca) deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del CPACA

1.6 Niéganse las demás pretensiones de la demanda, como se indicó en la motivación.

2. Sin condena en costas.

3. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de la fecha.

Firmado electrónicamente  
CARMELO PERDOMO CUÉTER

Firmado electrónicamente  
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Firmado electrónicamente  
CÉSAR PALOMINO CORTÉS