



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

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Expediente : 73001-23-33-000-2014-00799-01 (233-2016)  
Demandante : **Gildardo Antonio Castro Castro**  
Demandado : Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag) y departamento del Tolima  
Tema : Sanción moratoria por pago tardío de cesantías definitivas

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 30 de octubre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe.

## I. ANTECEDENTES

**1.1 Medio de control** (ff. 24 a 27). El señor Gildardo Antonio Castro Castro, mediante 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) y el departamento del Tolima, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

**1.1.1 Pretensiones.** Se declare la nulidad del oficio 2014RE7157 de 16 de mayo de 2014, mediante el cual se negó a la actora el reconocimiento de la sanción por mora en el pago de sus cesantías definitivas.

A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la parte demandada sufragar esa sanción moratoria por la consignación tardía del auxilio de cesantías definitivas, de conformidad con lo establecido en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, es decir, «[...] *que se pague un día de salario a partir del 27/12/2012 hasta la fecha de su pago 30/04/2014* [...]», con la correspondiente indexación de la suma adeudada y dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA; por último, condenarla en costas.



**1.1.2 Fundamentos fácticos.** Relata el accionante que «[...] *trabajó con el Departamento del Tolima en propiedad desde el 16/07/1981 hasta el 01/05/2012, fecha en que se efectuó su retiro definitivo*».

Que el 20 de septiembre de 2012 solicitó el reconocimiento de sus cesantías definitivas, concedidas con Resolución 5385 de 7 de noviembre de 2013 (aclarada mediante Resolución 993 de 26 de febrero de 2014) y pagadas el 30 de abril de 2014; en consecuencia, reclamó de la parte accionada la sanción moratoria, negada a través del acto administrativo demandado.

**1.1.3 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** Cita como normas violadas por el acto acusado los artículos 2, 13, 25, 29 y 53 de la Constitución Política; 138, 192 y 195 del CPACA y las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Arguye que le asiste derecho a la sanción moratoria pretendida porque la accionada desconoció los términos legales para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas deprecadas. Cita jurisprudencia que estima aplicable a su caso.

## **1.2 Contestaciones de la demanda.**

**1.2.1 Departamento del Tolima** (ff. 41 a 45). Por intermedio de apoderada, se opone a las pretensiones de la demanda; frente a los hechos dice que algunos son ciertos y otros no, formula las excepciones que denominó imposibilidad legal del departamento para acceder a lo pretendido por inaplicación de las normas y cobro de lo no debido y afirma que la entidad territorial no es la encargada de reconocer y pagar la sanción solicitada, pues está a cargo del Fomag.

**1.2.2 Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag** (ff. 78 a 85). Por conducto de apoderada, se opone a las súplicas del libelo introductorio y propone los medios exceptivos de prescripción, inexistencia de la vulneración de principios legales y falta de legitimación por pasiva. Asevera que «[...] *el procedimiento fijado por la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005 es el [...] especial aplicable al caso de las reclamaciones del auxilio de cesantía del personal docente afiliado al [Fomag], siendo que dicho procedimiento, en lo que respecta a los términos y formalidades para acceder a la solicitud, difiere sustancialmente de lo estipulado por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, por tanto, no se puede pretender hacer extensiva una sanción establecida en una norma general para un procedimiento que se*



*encuentra regulado en una norma especial que no la contempla, como sucede con la sanción moratoria [...]».*

**1.3 La providencia apelada** (ff. 124 a 135) El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante sentencia de 30 de octubre de 2015, negó las súplicas de la demanda (con condena en costas), al considerar que *«[...] para el reconocimiento y pago de las cesantías de los empleados docentes se halla íntegramente regulada por la Ley 91 de 1989, normatividad que no consagra la posibilidad de que estos trabajadores sean acreedores de la sanción moratoria por el pago tardío de la aludida prestación [...]».*

**1.4 El recurso de apelación** (ff. 145 a 153). El actor, a través de apoderado, interpuso recurso de apelación, al estimar que *«[...] para efectos del régimen prestacional, a los docentes se les debe aplicar el régimen general del empleado público»*, por tanto, *«[...] al no existir un procedimiento especial para regular los aspectos de solicitud de cesantías [...], los términos para expedición de actos administrativos y pagos y consecuencias por el no pago o pago moroso, [se debe acudir] a la Ley 244 de 1995 subrogada por la Ley 1071 de 2006 que regula dichos aspectos [...]».*

## II. TRÁMITE PROCESAL.

El recurso de apelación del accionante fue concedido mediante proveído de 24 de noviembre de 2015 (f. 154) y admitido por esta Corporación a través de auto de 13 de febrero de 2017 (f. 171), 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, con providencia de 3 de septiembre de 2018 (f. 178), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad en la que guardaron silencio.

## III. CONSIDERACIONES.

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



**3.2 Problema jurídico.** De acuerdo con el recurso de apelación<sup>1</sup>, corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si al demandante le asiste o no el derecho a la sanción por mora en el pago de las cesantías definitivas, prevista en la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias.

**3.3 Marco jurídico.** En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo 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>2</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.

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

---

<sup>1</sup> Según el artículo 328 del Código General del Proceso, «*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*»; asimismo, «*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*».

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia C-823 de 4 de octubre de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño.



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.

En todo caso, corresponde al Fomag liquidar y reconocer el auxilio de cesantía parcial o definitiva de los docentes oficiales, 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.

El pago de dicha prestación estaba sometida al trámite previsto en el Decreto 2831 de 2005<sup>3</sup>, que instituyó un procedimiento administrativo caracterizado por la división de responsabilidades y cargas administrativas entre las secretarías de educación y la fiduciaria, y la adopción de términos para la ejecución de cada una de ellas, períodos que, en conjunto, superaban los plazos dispuestos por el legislador para la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías de los demás servidores públicos<sup>4</sup>.

En efecto, debe recordarse que, en lo concerniente al reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, el artículo 1° de la Ley 244 de 1995 preveía que «dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley». Tal norma fue subrogada por el artículo 4° de la Ley 1071 de 2005, legislación que (i) diversificó la tipología de sujeto destinatario de la obligación, pues no se refirió solo a «la entidad patronal», sino a «la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías», (ii) mantuvo el término de 15 días como plazo máximo para expedir el acto administrativo

<sup>3</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».

<sup>4</sup> Al respecto, ver párrafos 118 y 119, Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018, expediente 73001-23-33-000-2014-00580-01.



de reconocimiento de cesantías definitivas y (iii) extendió tal deber también a las solicitudes de cesantías parciales.

En concordancia con lo anterior, el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, que establecía el término oportuno para efectuar el pago del auxilio de cesantías definitivas (45 días hábiles a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público) y consagró una sanción moratoria por el pago tardío de esa prestación, fue subrogado por el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, de la siguiente manera:

Artículo 5°. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.

No obstante, como las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 no se contrajeron, en concreto, al reconocimiento de cesantías del personal docente, la interpretación de los funcionarios judiciales en torno al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago extemporáneo de esa prestación no fue uniforme, situación que motivó la expedición de la sentencia SU-336 de 2017<sup>5</sup>, en la cual la Corte Constitucional determinó *«que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006»*.

Tal dificultad interpretativa también fue materia de estudio por esta sección segunda, en fallo CE-SUJ-SII-012-2018<sup>6</sup>, oportunidad en la cual sostuvo que

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-336 de 2017, M. P. Iván Humberto Escrucera Mayolo.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018, expediente 73001-23-33-000-2014-00580-01.



«los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales<sup>7</sup>, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter **restrictivo** encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley», y unificó su jurisprudencia, así:

**PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías.

De igual modo, con el fin de establecer el momento de inicio de la causación de la sanción, la Corporación estudió las distintas hipótesis que pueden presentarse en el marco del reconocimiento de las cesantías de los afiliados al Fomag, momento en el que valoró la forma y oportunidad del acto que concede la prestación (acto ficto o expreso oportuno o extemporáneo), la notificación, interposición de recursos y términos de ejecutoria de dicha actuación, y determinó a partir de cuándo, en cada caso, empieza a generarse mora, según las siguientes reglas:

**SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA** en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

- i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.
- ii) Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y

---

<sup>7</sup> Definición utilizada en el Decreto Ley 3135 de 1968, para significar a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales.



una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuando corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley<sup>8</sup> para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

iii) Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

Por último, la Sala de sección también sentó jurisprudencia en cuanto al salario de liquidación de la sanción moratoria y la imposibilidad de indexar esa base (sin perjuicio de la actualización de la respectiva condena):

**TERCERO: SENTAR JURISPRUDENCIA** en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que, en tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

**CUARTO: SENTAR JURISPRUDENCIA** en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

A partir de lo anterior, la Sala concluye que los docentes oficiales afiliados al Fomag tienen derecho al reconocimiento de la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, afirmación que encuentra sustento de derecho detallado en los pronunciamientos de unificación proferidos por la Corte Constitucional (sentencia SU-336 de 2017<sup>9</sup>) y por la sección segunda de esta Corporación (fallo CE-SUJ-SII-012-2018<sup>10</sup>); de manera que la gestión administrativa necesaria para resolver todas las solicitudes de reconocimiento del auxilio de cesantías formuladas ante el Fomag debe ajustarse a los plazos y

<sup>8</sup> Artículo 69 CPACA.

<sup>9</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-336 de 18 de mayo de 2017, M.P. Iván Humberto Escrucera Mayolo.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018, expediente 73001-23-33-000-2014-00580-01.



condiciones contenidas en esas normas y, en consecuencia, resulta claro que la referida sanción empieza a generarse en caso de retardo en el pago de la prestación, según las circunstancias de cada situación particular y con independencia de si se trata de cesantías definitivas o parciales.

**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) Resolución 5385 de 7 de noviembre de 2013 (ff. 16 a 16), expedida por el secretario de educación y cultura del Tolima, notificada de manera personal al actor el 22 siguiente, en la que le reconocen cesantías definitivas (deprecadas el 20 de septiembre de 2012) con ocasión de sus servicios prestados durante 30 años, 9 meses y 15 días (entre el 16 de julio de 1981 y el 1º de mayo de 2012); se sufragó un monto neto de \$70.436.488, que fue puesto a disposición del accionante el 29 de abril de 2014 en el Banco BBVA (f. 14).

b) Resolución 993 de 26 de febrero de 2014, con la cual el citado secretario aclaró el anterior acto administrativo, en el sentido de que de la cuantía a pagar al actor no se efectuaría un descuento que se había dispuesto para cubrir una obligación bancaria, por cuanto ya fue cancelada. Esta decisión se le notificó el 10 de marzo del mismo año (ff. 17 y 18 vuelto).

c) Escritos de 12 de mayo de 2014 (ff. 8 a 13), por los que el demandante reclamó del departamento del Tolima y del Fomag la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías definitivas, negada por el secretario de educación y cultura del Tolima, a través de oficio SAC2014RE7157 de 16 de ese mes (f. 7).

De las pruebas anteriormente enunciadas, se desprende que (i) el demandante laboró, como maestro territorial, del 16 de julio de 1981 al 1º de mayo de 2012; (ii) con escrito de 20 de septiembre de 2012, pidió el reconocimiento de sus cesantías definitivas, (iii) concedidas por Resolución 5385 de 7 de noviembre de 2013, notificada el 22 siguiente (aclarada a través de Resolución 993 de 26 de febrero de 2014), que las otorgó en la suma de \$70.436.488, sin ningún descuento, valor girado al Banco BBVA el 29 de abril de 2014; y (iv) el 12 de mayo siguiente reclamó del Fomag y del departamento del Tolima la sanción moratoria por la cancelación tardía de dicha prestación, negada a través de oficio SAC2014RE7157 de 16 de los mismos mes y año, emitido por el



secretario de educación y cultura del Tolima, objeto de demanda.

Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, lo primero que ha de advertirse es que el accionante prestó sus servicios al Estado como docente oficial y, en tal virtud, de acuerdo con las sentencias de unificación referidas en el capítulo anterior, le asiste derecho, ante un eventual incumplimiento de los términos de ley para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, a la sanción moratoria, sin poner mientes en el régimen de liquidación de ese auxilio (retroactivo o anualizado) y, como dice el principio general de interpretación jurídica, «*donde la ley no distingue no le es dado al interprete hacerlo*».

Ahora bien, la Sala destaca las siguientes fechas, importantes para determinar la mora que alega el demandante:

Solicitud de cesantías	20 de septiembre de 2012
Término para expedir la resolución (15 días)	11 de octubre de 2012
Término de ejecutoria de la resolución (10 días)	26 de octubre de 2012
Término para efectuar el pago (45 días)	3 de enero de 2013
Fecha del acto de reconocimiento de cesantías	7 de noviembre de 2013
Fecha de pago de las cesantías definitivas	29 de abril de 2014
Petición de sanción moratoria	12 de mayo de 2014

En el asunto *sub examine*, el Fomag reconoció las cesantías del actor a través de un acto administrativo expreso (Resolución 5385 de 7 de noviembre de 2013), empero, como este fue emitido por fuera del término legal previsto para esos efectos, el plazo máximo de pago de la prestación y la fecha a partir de la cual se genera la respectiva sanción moratoria, corresponde al cómputo de 70 días hábiles después de formulada la solicitud de reconocimiento, período que se divide así: (i) 15 días para expedir la resolución, (ii) 10 de ejecutoria del acto y (iii) 45 para efectuar el pago.

Por ende, como la petición de reconocimiento de cesantías fue presentada el 20 de septiembre de 2012, la resolución de reconocimiento debía ser proferida a más tardar el 11 de octubre siguiente y cobraría ejecutoria el 26 de esos mes y año, motivo por el cual la entidad tenía hasta el 3 de enero de 2013 para pagar el auxilio de manera oportuna. No obstante, en el expediente se encuentra demostrado que la prestación se sufragó el 29 de abril de 2014, por lo que, ante esa tardanza, el actor tiene derecho a la sanción moratoria por el interregno comprendido entre el 4 de enero de 2013 y el 28 de abril de 2014 (día anterior a aquel en que se puso a disposición de él la suma reconocida en la respectiva



entidad bancaria), liquidada con la asignación básica vigente al momento en que empezó a causarse la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

Por otra parte, se aclara que en el presente caso no operó el fenómeno jurídico de la prescripción trienal, de conformidad con el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social<sup>11</sup>, pues entre el 4 de enero de 2013 (día en que empezó a causarse la mora), el 29 de abril de 2014 (fecha de pago del auxilio) y el 12 de mayo siguiente (solicitud de reconocimiento de la sanción) no trascurrieron tres años.

Por otro lado, el cumplimiento de la condena que se impondrá está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que paga las prestaciones sociales que son reconocidas por la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, y es el ente encargado del reconocimiento y cancelación de las cesantías de los docentes afiliados<sup>12</sup>. En consecuencia, se declarará de oficio probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del ente territorial, pues resulta claro que no es el obligado legalmente a satisfacer lo dispuesto en este fallo, comoquiera que no funge como ordenador de los recursos del Fomag.

Con base en los razonamientos que se dejan consignados, en armonía con 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, la Sala revocará la sentencia de primera instancia, que negó las súplicas de la demanda, para en su lugar, declarar de oficio probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del departamento del Tolima, decretar la nulidad del acto acusado y ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag el pago de la sanción moratoria pretendida del 4 de enero de 2013 al 28 de abril de 2014.

---

<sup>11</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>12</sup> La subsección A de esta sección segunda evaluó la legitimación en la causa por pasiva e integración del contradictorio en este tipo de controversias en sentencia de 29 de agosto de 2018, expediente 73001 23 33 000 2014 00536-01 (3739-15), consejero ponente Rafael Francisco Suárez Vargas, oportunidad en la que dijo:

«[...]»

*Así pues, el despacho rectifica la posición asumida mediante providencia de 11 de diciembre de 2017,<sup>12</sup> y reitera la interpretación pacífica de la Sección Segunda del Consejo de Estado,<sup>12</sup> consistente en que en los procesos judiciales de nulidad y restablecimiento del derecho promovidos ante esta jurisdicción contra el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los que se discuta el reconocimiento de prestaciones sociales, no es procedente la vinculación de las entidades territoriales.*

*Esto, ya que las consecuencias económicas que se deriven de los actos administrativos proferidos en virtud de la desconcentración administrativa dada en las secretarías de educación territoriales de los entes certificados radican única y exclusivamente en la Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Resalta la Sala)».*



La suma total que deberá cancelar la entidad condenada por concepto de sanción moratoria, se actualizará de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará multiplicando 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 sanción). La fórmula que debe aplicar la demandada es la siguiente:

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

Lo anterior, sin perjuicio de lo estipulado en el artículo 192 del CPACA, cuya observancia por parte de la Administración debe darse sin necesidad de mandato judicial.

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 1.º de diciembre de 2016<sup>13</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

<sup>13</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, expediente 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter, actor: Ramiro Antonio Barreto Rojas, demandada: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).



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

Así las cosas, frente al resultado adverso a los intereses del 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 tanto, 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.

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 octubre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que negó las súplicas de la demanda en el proceso instaurado por el señor Gildardo Antonio Castro Castro contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el departamento del Tolima, conforme a la parte motiva; en su lugar:



**1.1** Declárase de oficio probada la excepción denominada falta de legitimación en la causa por pasiva del departamento del Tolima, de conformidad con las consideraciones que anteceden.

**1.2** Declárase la nulidad del oficio SAC2014RE7157 de 16 de mayo de 2014, emitido por el secretario de educación y cultura del Tolima, en representación del Fomag, por el cual se negó al accionante la sanción moratoria de las cesantías definitivas.

**1.3** A título de restablecimiento del derecho, ordénase a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagar al actor la sanción moratoria de sus cesantías definitivas, equivalente a un día de salario por cada uno de retardo, entre el 4 de enero de 2013 y el 28 de abril de 2014, con base en la asignación básica vigente al momento en que empezó a causarse la mora (sin que varíe por la prolongación en el tiempo), conforme a lo expuesto en la parte motiva.

**1.4** La demandada actualizará la suma total adeudada, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) del CPACA, mediante la aplicación de la fórmula matemática adoptada por el Consejo de Estado, a saber:

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

**1.5** La accionada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del CPACA.

**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



Expediente: 73001-23-33-000-2014-00799-01 (233-2016)  
Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho  
Gildardo Antonio Castro Castro contra la Nación – Ministerio de  
Educación Nacional – Fomag y otro

Firmado electrónicamente  
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Firmado electrónicamente  
CÉSAR PALOMINO CORTÉS