



## Sentencia 2016-01673 de 2021 Consejo de Estado

SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS PARCIALES A DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -Procedencia

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) y por la sección segunda de esta Corporación (fallo CE-SUJ-SII-012-2018); 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 condiciones contenidos 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.(...) como la petición fue presentada el 23 de abril de 2013, la resolución de reconocimiento debía ser proferida a más tardar el 16 de mayo siguiente y cobraría ejecutoria el día 30 de los mismos mes y año, motivo por el cual la entidad tenía hasta el 6 de agosto posterior para pagar el auxilio de cesantías de manera oportuna.No obstante, en el expediente no obra prueba de que tal prestación haya sido sufragada dentro de ese período, por lo que, ante esa tardanza, la actora tiene derecho al reconocimiento de una sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada uno de retardo, entre el 7 de agosto de 2013 y el 9 de abril de 2015, día anterior a aquel en que se verificó el pago de la prestación, como lo concluyó el *a quo*. NOTA DE RELATORÍA: Sobre la procedencia del reconocimiento a los docentes de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías, ver: C de E, sala Plena de lo contencioso-administrativo de la Sección Segunda, sentencia de 18 de julio de 2018 CE-SUJ-SII-012-2018 de rad 73001-23-33-000-2014-00580-01,C.P. Sandra Liseth Ibarra Vélez

FUENTE FORMAL: LEY 244 DE 1995 - ARTÍCULO 1 / LEY 1071 DE 2005

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER

Bogotá, D. C., ocho (8) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 05001-23-33-000-2016-01673-01(1606-19)

Actor: LUZ MARÍA RAMÍREZ GÓMEZ

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG) Y MUNICIPIO DE MEDELLÍN (ANTIOQUIA)

Medio de control	:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente	:	05001-23-33-000-2016-01673-01 (1606-2019)
Demandante	:	Luz María Ramírez Gómez
Demandado	:	Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag) y municipio de Medellín (Antioquia)
Tema	:	Sanción moratoria por pago tardío de cesantías

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag), en su condición de accionada, contra la sentencia de 1°. de noviembre de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual accedió de manera parcial a las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe.

### I. ANTECEDENTES

1.1 Medio de control (ff. 1 a 19). La señora Luz María Ramírez Gómez, 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 municipio de Medellín (Antioquia), para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare la nulidad del «[...] [a]cto [f]icto configurado el día 17 DE MARZO DE 2016, frente a la petición presentada [...] el día 16 DE DICIEMBRE DE 2015, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCIÓN POR MORA [...]» (sic).

A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada el pago de la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantías parciales y dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA; por último, se condene en costas a la accionada.

1.3 Fundamentos fácticos. Relata la accionante que, en calidad de docente, el 23 de abril de 2013 solicitó el reconocimiento de unas cesantías parciales, concedidas con Resolución 8552 de 3 de septiembre siguiente; sin embargo, tal prestación fue pagada tan solo el 10 de abril de 2015.

Que el 16 de diciembre de 2015 reclamó de la demandada el pago de la sanción moratoria, lo que no le fue atendido, por lo que se constituyó el acto administrativo ficto objeto de pretensión de nulidad.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por el acto acusado los artículos 53 de la Constitución Política; 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y 4 y 5 de la Ley 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 parciales reclamadas.

1.5 Contestaciones de la demanda.

1.5.1 Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag (ff. 54 a 65). Por conducto de apoderada, se opone a las súplicas del libelo introductorio; en lo concerniente a las situaciones fácticas expone que unas son ciertas y otras no tienen esa naturaleza, sino que son apreciaciones de la demandante; y su defensa se limita a la formulación de las excepciones de inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, pago, cobro de lo no debido, prescripción, compensación y buena fe.

1.5.2 Municipio de Medellín (Antioquia) [ff. 72 a 80]. Por intermedio de apoderado, se opone a las pretensiones de la demanda; frente a los hechos dice que unos son ciertos, otros no y los demás no le constan, por lo que deben probarse; y su defensa se concreta en proponer los medios exceptivos denominados falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de fundamentos jurídicos para solicitar la nulidad del acto acusado, compensación y buena fe.

1.6 La providencia apelada (ff. 130 a 137). El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante sentencia de 1°. de noviembre de 2018, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda (con condena en costas), al considerar que «[...] la resolución proferida por la demandada en respuesta a la petición de cesantías presentada, fue expedida por fuera del término legal, razón por la cual la Sala deberá tener en cuenta para este asunto, la regla jurisprudencial fijada en la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, relativa a la expedición del acto administrativo por fuera del término de los 15 días, es decir, que la sanción por mora corre días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento [...]».

Que los términos para este caso fueron los siguientes:

Términos días hábiles	Fecha	Caso concreto
Reclamación de las cesantías parciales	23/04/2013	Fecha de reconocimiento: 03/09/2013
Vencimiento 15 días	16/05/2013	Fecha de pago: 10/04/2015
10 días de ejecutoria	30/05/2013	Período de mora: 7/08/2013 hasta 09/04/2015 (día anterior al pago)
45 días para pago	06/08/2013	Total de días de mora: 602

(sic).

Concluye que «[...] se deberá ordenar a la demandada reconocer a la demandante la indemnización por mora a pagar a partir del 07 de agosto de 2013 y hasta el 9 de abril de 2015, lo que equivale a 602 días de salario [...]» (sic).

1.7 El recurso de apelación (ff. 144 a 154). Inconforme con la decisión precedente, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag, en calidad de demandada, interpuso recurso de apelación, al estimar que «[...] la sanción señalada en la Ley 1071 de 2006 [...] solo procede respecto de los plazos para trámite de las prestaciones económicas» y, por ende, no es dable «[...] sancionar[la] [...] [pues] de acuerdo al artículo 81 de la Ley 1769 de 2015, [...] carece de competencia y facultades para variar algún derecho que ha sido reconocido directamente por el respectivo ente territorial, es precisamente este último, a través de su [s]ecretaría de [e]ducación, el encargado de comparecer al proceso, por ostentar y ejercer actualmente la potestad nominadora, la administración de las [i]nstituciones [e]ducativas y del personal docente y

administrativo de los planteles educativos y es quien expidió el acto administrativo objeto de la demanda [...]».

## II. TRÁMITE PROCESAL.

El recurso de apelación fue concedido mediante proveído de 30 de enero de 2019 (f. 166) y admitido por esta Corporación a través de auto de 6 de noviembre siguiente (f. 185), 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 8 de febrero de 2021 (f. 192), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por la accionante para reiterar sus argumentos de demanda<sup>1</sup>.

## 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, corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si a la demandante le es aplicable o no la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a la sanción por mora en el pago de las cesantías, y de ser cierto, si le asiste el derecho o no a ella; y precisar si el Fomag es el legitimado para cumplir la condena a que haya lugar.

3.3 Marco jurídico. En punto a la resolución de los problemas jurídicos planteados 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 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 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:

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 «*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 de reconocimiento de 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 en el pago de la prestación, 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 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 condiciones contenidos 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) El 23 de abril de 2013, la accionante solicitó el reconocimiento de unas cesantías parciales, concedidas por medio de Resolución 8552 de 3 de septiembre siguiente (ff. 20 y 21), expedida por el secretario de educación de Medellín (Antioquia).

b) Comprobante de pago de las cesantías de la actora (f. 20), según el cual la cancelación se realizó el 10 de abril de 2015.

c) Escrito de 16 de diciembre de 2015 (ff. 32 a 35), por el que la demandante reclamó del Fomag la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales, del que no obtuvo respuesta y se constituyó el acto administrativo ficto objeto de nulidad.

De las pruebas anteriormente enunciadas, se desprende que el 23 de abril de 2013 la actora pidió el reconocimiento de unas cesantías parciales, concedidas por medio de Resolución 8552 de 3 de septiembre siguiente, pagadas el 10 de abril de 2015. El 16 de diciembre de 2015 aquella reclamó de la accionada la sanción moratoria por la cancelación tardía de dicha prestación, lo que no fue atendido y se constituyó el acto ficto objeto de la súplica de nulidad.

Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, lo primero que ha de advertirse es que la accionante presta 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, a la sanción moratoria, sin importar a qué régimen de cesantías pertenezca o si se solicitan de manera parcial o definitiva.

Así las cosas, la Sala destaca las siguientes fechas, importantes para determinar la mora que alega la demandante:

Solicitud de cesantías	23 de abril de 2013
Término para expedir la resolución (15 días)	16 de mayo de 2013
Término de ejecutoria de la resolución (10 días)	30 de mayo de 2013
Término para efectuar el pago (45 días)	6 de agosto de 2013
Fecha en que se realizó el pago	10 de abril de 2015
Petición de sanción moratoria	16 de diciembre de 2015

En el asunto *sub examine*, el Fomag no resolvió la solicitud de cesantías parciales en tiempo ni las sufragó en el plazo máximo que la ley dispone para ello, por lo cual la fecha a partir de la cual se genera la respectiva sanción moratoria, corresponden al cómputo de 70 días hábiles después de formulada la reclamación, 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 fue presentada el 23 de abril de 2013, la resolución de reconocimiento debía ser proferida a más tardar el 16 de mayo siguiente y cobraría ejecutoria el día 30 de los mismos mes y año, motivo por el cual la entidad tenía hasta el 6 de agosto posterior para pagar el auxilio de cesantías de manera oportuna.

No obstante, en el expediente no obra prueba de que tal prestación haya sido sufragada dentro de ese período, por lo que, ante esa tardanza, la actora tiene derecho al reconocimiento de una sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada uno de retardo, entre el 7 de agosto de 2013 y el 9 de abril de 2015, día anterior a aquel en que se verificó el pago de la prestación, como lo concluyó el *a quo*.

Por otra parte, aclárase que en el asunto *sub examine* no cobró efectos el fenómeno jurídico de la prescripción trienal, de conformidad con el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social<sup>11</sup>, pues entre el 7 de agosto de 2013 (día en que empezó a causarse la mora) y 16 de diciembre de 2015 (solicitud de reconocimiento de la sanción) no trascurrieron tres años.

Precisado lo anterior, cabe anotar que el cumplimiento de la condena impuesta en la providencia apelada 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 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.

Por último, respecto de la condena en costas, la Sala estima que el *a quo* aplicó de manera restrictiva el artículo 365<sup>13</sup> del Código General del Proceso (CGP), por remisión expresa del artículo 188<sup>14</sup> del CPACA, a la parte vencida, pues no estudió aspectos como la temeridad o mala fe en la que esta pudo incurrir, sino que adoptó esa decisión con el único fundamento de que la norma en mención preceptuaba de manera inexorable la imposición de tal condena.

En este sentido, se pronunció esta Corporación, en sentencia de 1º. de diciembre de 2016<sup>15</sup>, 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 acudirán 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 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 lo 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, actuación que, se reitera, no desplegó el *a quo*, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte demandada, se revocará la condena en costas.

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 (i) confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia, que accedió de manera parcial a las súplicas de la demanda; (ii) la adicionará para declarar probada la excepción denominada falta de legitimación en la causa por pasiva del municipio de Medellín (Antioquia); y (iii) revocará la condena en costas impuestas a la accionada, por las razones que anteceden.

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:

1º. Confírmase parcialmente la sentencia de 1º. de noviembre de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que accedió de manera parcial a las súplicas de la demanda en el proceso instaurado por la señora Luz María Ramírez Gómez contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag) y el municipio de Medellín (Antioquia), conforme a la parte motiva.

2º. Adiciónase la sentencia apelada, en el sentido de declarar probada la excepción denominada falta de legitimación en la causa por pasiva del municipio de Medellín (Antioquia), de conformidad con las consideraciones que anteceden.

3º. Revócase la condena en costas, que incluye las agencias en derecho, impuesta a la demandada.

4º. 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

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Memorial adjuntado a la herramienta electrónica para la gestión judicial denominada SAMAI.

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

3. «Por el cual se reglamentan el inciso 2º 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».

4. 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.

5. Corte Constitucional, sentencia SU-336 de 2017, M. P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

6. 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.

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

8. Artículo 69 CPACA.

9. Corte Constitucional, sentencia SU-336 de 18 de mayo de 2017, M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

10. 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.

11. 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».

12. 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>81</sup> y reitera la interpretación pacífica de la Sección Segunda del Consejo de Estado,<sup>82</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)».

13. «En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

[...]».

14. «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».

15. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, expediente 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014).

---

Fecha y hora de creación: 2025-06-17 10:51:50