

*Tribunal Administrativo de Boyacá*  
*Sala de Decisión No. 3*  
*Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz*

Tunja, febrero veintisiete (27) de dos mil veinte (2020)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: **María Elisa Vargas Blanco**

Demandado: Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Expediente: 15759 3333 001 **2018 00119-01**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el auto del 3 de diciembre de 2019 (fl. 112-118 y Cd fol.1118 A), proferido en audiencia inicial por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sogamoso, que declaró probada la excepción de prescripción extintiva.

#### **I. ANTECEDENTES**

La señora María Elisa Vargas Blanco, a través de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho solicitó que se declare (fls. 3-4):

- La nulidad del acto ficto presunto negativo producto de la petición radicada el 22 de diciembre de 2010 ante la Secretaría de Educación de Boyacá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- Que tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de su cesantía desde el día hábil sesenta y seis (66), contado a partir de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía el 7 de julio del 2009 y, hasta el 3 de marzo de 2010, fecha de pago de dicha prestación, a razón de un (1) día de salario por cada día de retardo en un total de 239 días, tomando como base el salario final acreditado de conformidad con las Leyes 91 de 1989, 1071 de 2006 y demás normas concordantes.

A título de restablecimiento del derecho pidió:

- *Condenar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a pagarle el valor de las sumas adeudadas con los correspondientes reajustes de la ley, los intereses moratorios y/o corrientes causados desde el momento en que se hizo exigible la obligación y hasta cuando se efectúe el pago total de la misma, liquidados a la tasa de interés máxima legal establecida por la Superintendencia Financiera*
- *Indexar las sumas reconocidas mes a mes desde su exigibilidad hasta el pago efectivo de la acreencia.*
- *Compulsar copias a los organismos de control para que vigilen el cumplimiento oportuno de la sentencia condenatoria*
- *Dar cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 187, 188, 192 y 195 del CPACA.*

*Como hechos relevantes adujo los siguientes (fls. 4-6):*

- *Relató que la accionante prestó sus servicios en el sector oficial del Magisterio en el Municipio de Tibasosa y que el día 27 de marzo de 2009, radicó petición de reconocimiento y pago de su cesantía parcial en atención a lo previsto en la Ley 1071 de 2006.*
- *Manifestó que por Resolución No. 0927 del 16 de octubre de 2009, la Secretaría de Educación de Boyacá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció y ordenó a su favor el pago de dicha prestación por un valor neto de \$40.000.000; acto administrativo que se le notificó en esa misma fecha.*
- *Sostuvo que a partir de la radicación de su petición -27 de marzo de 2009- la entidad demandada tenía un plazo de 65 días hábiles para resolverla y pagar la cesantía solicitada, plazo que venció el 7 de julio de 2009, sin embargo, el pago se produjo hasta el 3 de marzo de 2010, situación que generó una mora.*
- *Refirió que el 22 de diciembre de 2010, solicitó a la Secretaría de Educación de Boyacá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A. (sic) el pago de indemnización moratoria*

por el pago inoportuno de su cesantía parcial desde el 7 de julio de 2009 y hasta el 3 de marzo de 2010 en un total de 239 días, así mismo, de los intereses moratorios y/o corrientes desde el momento en que se hizo exigible dicha obligación y hasta que se efectuara su pago total.

- Indicó que, mediante Oficio del 22 de agosto de 2012, esa entidad le indicó que su petición fue remitida a la Fiduciaria La Previsora S.A., por competencia y, que a la fecha de presentación de la demanda, no había obtenido respuesta alguna, configurándose un silencio administrativo negativo.

### **I. PROVIDENCIA APELADA**

En auto proferido en la audiencia inicial celebrada del 3 de diciembre de 2019<sup>1</sup>, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sogamoso, declaró probada la excepción de prescripción extintiva del derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria propuesta por el apoderado de la entidad demandada y declaró terminado el proceso.

Al efecto recordó los alcances de la sentencia de unificación jurisprudencial de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, que consolidó reglas en torno al reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías parciales o definitivas a los docentes oficiales y la aplicación de la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias a dichos servidores.

A reglón seguido, precisó que el material probatorio permitió acreditar que la demandante presentó petición de reconocimiento de las cesantías parciales el día 27 de marzo de 2009, por tanto, el término de 15 días hábiles de que trata el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, venció el 21 de abril de 2009, sin embargo, el Secretario de Educación del Departamento de Boyacá expidió la Resolución No. 0927, acto administrativo de reconocimiento y pago de dicha prestación, solo hasta el 16 de octubre de ese año, en consecuencia, la resolución tardía de aquella petición generó sanción moratoria a partir de la fecha de radicación, en aplicación a la aludida jurisprudencia de unificación.

---

<sup>1</sup> Visto folio 112 a 118 y Cd visita a folio 118a desde minuto 24:54

Manifestó que el conteo de los términos generadores de la sanción moratoria contabilizados a partir de la fecha en que la actora reclamó las cesantías parciales, es el siguiente:

<b>Término</b>	<b>Fecha</b>	<b>Caso concreto</b>
<i>Fecha de reclamación de las cesantías parciales</i>	<i>27/03/2009</i>	<i>Fecha de reconocimiento: 16/10/2009</i>
<i>Vencimiento del término para el reconocimiento -15 días hábiles (art. 4 Ley 1071/2006)</i>	<i>21/04/2009</i>	
<i>Vencimiento del término de ejecutoria -5 días hábiles, teniendo en cuenta que la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo (Art. 51 y 62 CCA)</i>	<i>28/04/2009</i>	<i>Fecha de pago: 3/03/2010</i>
<i>Vencimiento del término para el pago - 45 días hábiles (Art. 5 Ley 1071/2006)</i>	<i>07/07/2009</i>	<i>Periodo de mora: 08/07/2009 -02/03/2010</i>
		<i>7 meses y 22 días=237 días</i>

Tomando en cuenta lo expuesto, el a quo indicó que el periodo durante el cual se causó la sanción moratoria en el sub exámine va del 8 de julio de 2009 (día siguiente al vencimiento del plazo legal de los 65 días hábiles para el reconocimiento y pago efectivo de las cesantías parciales), hasta el 2 de marzo de 2010 (día anterior a aquél en que se efectuó el pago de la prestación), sostuvo que se configuró la prescripción extintiva total del derecho al reconocimiento y pago de dicha sanción.

Sobre el particular explicó, en primer lugar, el alcance de esta figura conforme con lo previsto en sentencia del 20 de septiembre de 2018, proferida por el Consejo de Estado en interpretación de lo dispuesto en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral en la que sostuvo que la sanción moratoria debe reclamarse desde que esta se hizo exigible, es decir, después del día 65 días de radicada la solicitud de reconocimiento de las cesantías parciales, lo cual ocurrió en el sub judice a partir del 8 de julio de 2009. Aclaró que en virtud a la sentencia de unificación en cita cuando el acto administrativo de reconocimiento de cesantías parciales se expide vencido el término previsto por la Ley, la sanción moratoria se hace exigible después de 70 días -65 días en vigencia del C.C.A.- de radicada la correspondiente solicitud de pago de esta prestación.

En segundo término, estimó que la demandante contaba con tres años contabilizados a partir del 8 de julio de 2009 para solicitar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y que, presentó reclamación dentro de dicho término,

131

específicamente, el 22 de diciembre de 2010, petición que conforme con las previsiones del artículo 151 del C.P.L., interrumpió el termino prescriptivo por un periodo igual, es decir, por otros tres años.

En atención a lo anterior, dijo que la demanda debía radicarse dentro de los 3 años siguientes a la presentación de la solicitud de pago de la sanción moratoria, término que venció el 23 de diciembre de 2013 y que por no corresponder a un día hábil por vacancia judicial se extendió hasta el 13 de enero de 2014, no obstante, la demanda se presentó el 15 de marzo de 2018, cuando había transcurrido más de siete (7) años desde que se radicó la solicitud de pago de tal sanción (22 de diciembre de 2010), era dable señalar que el derecho reclamado se encontraba prescripto, razón por la que no había lugar a ordenar pago alguno.

Por último, aclaró que pese a que el 11 de enero de 2018, la parte demandante presentó solicitud de conciliación ante el Ministerio Público, no menos cierto es que con la radicación de la misma “no se suspendió la prescripción del derecho al pago de la sanción moratoria pretendida en la demanda, toda vez que para la fecha en que fue radicada la solicitud de conciliación ya habían vencido los tres años con los que contaba la accionante para demandar” (fl. 117 vto).

## **II. RECURSO DE APELACIÓN (Desde minuto 23:42 a 25:27 CD fl. 118A)**

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la mencionada providencia, en el cual dijo que la parte actora solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el pago tardío de cesantías con petición elevada el 22 de diciembre de 2010, ante la Secretaria de Educación de Boyacá; la respuesta dada por esa entidad no atendió lo pedido, sino que lo remitió a la Fiduprevisora, omisión que configuró un acto administrativo presunto que puede demandarse en cualquier tiempo y frente al cual no operan términos prescriptivos, contrario a lo que concluyó la jueza de primera instancia.

## **III. TRÁMITE DEL RECURSO**

Al minuto 25:39 de la audiencia inicial se corrió traslado del recurso a la parte demandada, quien solicitó que se confirme la decisión, en la medida que se configuró la prescripción del derecho en los términos del artículo 151 del CPL y aclaró que, es diversa la caducidad del acto ficto o presunto respecto al cual no

*opera esta sanción procesal, y la prescripción del derecho en sí mismo que sí se hace efectiva con el transcurso del tiempo.*

*La jueza a - quo concedió la apelación en el efecto suspensivo (Desde minuto 26:56 CD fl. 118A).*

#### **IV. CONSIDERACIONES**

*Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante contra el auto proferido el 3 de diciembre de 2019 por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Sogamoso que declaró prescrito el derecho demandado y dio por terminado el proceso.*

##### **4.1. De la competencia**

*El artículo 125 del CPACA, dispuso que serían competencia del Magistrado Ponente los autos interlocutorios y de trámite; no obstante, indicó que los autos serían de Sala cuando se tratara de aquellos contemplados en los numerales 1 a 4 del artículo 243 *ibidem*, es decir, el que rechace la demanda, el que decrete una medida cautelar y el que resuelva incidentes de responsabilidad y desacato en el ese mismo trámite; el que **ponga fin al proceso** y el que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales.*

*En materia de las excepciones es procedente la apelación, de conformidad con el numeral 6 del artículo 180 *idem*, sin embargo, ha de tenerse en cuenta que algunas de ellas ponen fin al proceso y otras no.*

*El máximo órgano de lo contencioso administrativo, en auto del 1 de febrero de 2016, con ponencia de la Consejera Doctora María Elizabeth García González, en el proceso con radicación número 25000-23-41-000-2013-01819-02, se refirió a las competencias de la sala y del ponente en materia de autos que se resuelven recursos de apelación, al respecto precisó:*

*“De conformidad con el artículo 150 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 615 de la Ley 1564 de 2012, “El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un*

efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.”

Teniendo en cuenta el artículo transcrito, es claro que esta Corporación conoce en segunda instancia de las apelaciones de los autos susceptibles de dicho recurso, como es el caso de la providencia ahora estudiada; sin embargo, **es menester aclarar si la competencia para proferirlos es de la Sala o del Magistrado Ponente, de conformidad con lo que establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.**

El artículo 125 de la Ley 1437 de 2011, estableció que la competencia para proferir autos interlocutorios de única, primera o segunda instancia, reside en el Magistrado Ponente, a excepción de los que rechazan la demanda, los que decreten una medida cautelar o resuelven incidentes de responsabilidad y desacato en el mismo trámite, los que ponen fin al proceso y los que aprueben conciliaciones extrajudiciales o judiciales. La citada disposición señala lo siguiente:

(...)

Visto lo anterior, se advierte que **el auto que resuelve sobre las excepciones previas no está contemplado dentro de los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 del C.P.A.C.A., por lo menos mientras dicha excepción no sea de aquellas que pongan fin al proceso. Por lo tanto, la competencia para su decisión ya no recae en la Sala, sino en el correspondiente Despacho que conoce del asunto, por lo cual, se entrará a decidir lo pertinente.**<sup>2</sup>

En efecto, es menester resaltar que, eventualmente, la apelación del auto que resuelve sobre las excepciones previas **podría ser competencia de la Sala, si lo decidido en el mismo pone fin a la contienda litigiosa, por ejemplo, cuando prospera la excepción de caducidad, cosa juzgada o falta de legitimación en la causa por activa**, ya que en esos casos, se estaría dentro de lo consagrado en el numeral 3 del artículo 243 del C.P.A.C.A.”

Establecida la competencia de la Sala para resolver el recurso de apelación contra la providencia que declaró probada la **excepción que puso fin al proceso**, a saber, la excepción de prescripción extintiva, se examinará lo relativo al recurso de apelación propuesto.

#### **4.2. La excepción de prescripción**

A juicio del recurrente no es dable declarar la excepción de prescripción extintiva del derecho al pago de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales de la demandante, en la tanto que el acto administrativo enjuiciado es de carácter ficto o presunto negativo producto del silencio administrativo en que incurrió la entidad accionada y, en esa medida, conforme con la norma procesal contencioso administrativa, es pasible de atacarse su legalidad en cualquier tiempo.

<sup>2</sup> Posición reiterada en esta Sala Unitaria, Auto de 22 de septiembre de 2015, expediente 2012-00656-01. Auto de 3 de noviembre de 2015, expediente 2013-02183-01.

El numeral 6° del artículo 180 de la ley 1437 de 2011 prevé que en desarrollo de la audiencia inicial el juez decidirá, de oficio o petición de parte, entre otras, sobre la excepción de **prescripción extintiva**.

Al respecto, el Consejo de Estado en auto proferido el 26 de noviembre de 2018, con ponencia del Consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso 08001-23-33-000-2014-01606-01, precisó respecto al trámite de las excepciones en la audiencia inicial que:

*“...Asimismo, también podrán resolverse, como lo preceptúa el referido artículo 180, las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y **prescripción extintiva, que son de naturaleza mixta, por lo que a pesar de ser estrictamente perentorias o de fondo, por estar orientadas a atacar la pretensión, se les da el trámite de previas y en caso de prosperar tienen la virtud de terminar el proceso.***

*Nótese cómo ciertos medios exceptivos, no obstante responder a la naturaleza de las excepciones de mérito o de fondo, **en cuanto tienen la potencialidad de atacar la pretensión, por decisión del legislador pueden proponerse también como previos, dado su carácter mixto, tal es el caso de la excepción de prescripción, que de conformidad con la referida norma podrá decidirse como previa en audiencia inicial.***

*Cabe anotar que, en lo concerniente a la excepción de prescripción, el CPACA establece como condición para que pueda ser estudiada en audiencia inicial, que se trate de la extintiva, pues se insiste en que una de las características que reviste esta clasificación de medios exceptivos es que suspendan o terminen el proceso...” Resaltado fuera de texto.*

#### 4.3. **Prescripción de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías parciales o definitivas.**

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia número CE-SUJ004 de 2016<sup>3</sup>, al estudiar el momento en que inicia la prescripción del derecho a reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria indicó:

*“...Como hacen parte del derecho sancionador<sup>4</sup> y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.*

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala de Sección Segunda, radicación 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). sentencia del 25 de agosto de 2016, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

<sup>4</sup> En sentencia C-448 de 1996, la Corte Constitucional consideró que esta sanción “busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora...”



Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, si es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

**“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 patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969<sup>5</sup>, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990.

(...)

Determinar una fecha expresa para que el empleador realice la consignación respectiva y prever, a partir del día siguiente, una sanción por el incumplimiento en esa consignación, implica que la indemnización moratoria que surge como una nueva obligación a cargo del empleador, **empieza a correr desde el momento mismo en que se produce el incumplimiento.**

Por ende, es a partir de que se causa la obligación – sanción moratoria – cuando se hace exigible, por ello, desde allí, nace la posibilidad de reclamar su reconocimiento ante la administración, pero si la reclamación se hace cuando han transcurrido más de 3 años desde que se produjo el **incumplimiento**, se configura el fenómeno de prescripción, **así sea en forma parcial.**

[...]

Corolario de lo expuesto, la Sala unifica el criterio de que la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación anualizada de cesantías, debe realizarse a partir del momento mismo en que se causa la mora, so pena de que se aplique la figura extintiva **respecto de las porciones de sanción no reclamadas oportunamente...**” (Resaltado y subrayado fuera de texto)

De otra parte, el Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en sentencia de unificación por importancia jurídica identificada como Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 SUJ-012-S2 expedida el 18 de julio de 2018, en el

<sup>5</sup> Normas aplicadas para efecto de prescripción, entre otras en sentencias de 21 de noviembre de 2013,

Consejera ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez (E), radicación número: 08001-23-31-000-201100254-01(0800-13) y de 17 de abril de 2013, Consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación número: 08001-23-31-000-2007-00210-01(2664-11).

expediente con Radicación 73001-23-33-000-2014-00580-01 No Interno 4961-2015, actor Jorge Luis Ospina Cardona, decidió:

**“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...” (Subrayado fuera de texto)

Finalmente, la Sección Segunda, Subsección “B” en auto del 26 de noviembre 2018, C.P. Doctor Carmelo Perdomo Cuéter, en el proceso 08001-23-33-000-2014-01606-01 precisó:

“(…)

De lo anterior se colige que la sanción moratoria se constituye en un derecho autónomo, de cuya naturaleza claramente se evidencia que es **una prestación de carácter periódico, ya que se causa por cada día de retardo en el pago de las cesantías definitivas hasta cuando se efectúe la cancelación de estas, por lo que solo se perderá el derecho a obtenerla cuando una vez sufragado el aludido auxilio, transcurran más de 3 años sin reclamarla.**

Por lo tanto, carece de asidero jurídico el criterio del a quo al determinar que la sanción prescribió al no deprecarse dentro de los 3 años siguientes al vencimiento del plazo de la cancelación de las cesantías definitivas, pues, se insiste, lo determinante en el caso de la sanción moratoria es el pago efectivo de aquellas: **aceptar tal posición sería como limitar dicha sanción a tres años en eventos en los que sean pagadas las cesantías mucho tiempo después”.**

En casos como el presente, habrá de estudiarse la existencia del retardo en el pago de las cesantías definitivas y luego determinar **qué porciones diarias de sanción no prescribieron, dentro del término de los 3 años anteriores a la formulación de la correspondiente petición...**”. (Resaltado fuera del original).

A juicio de esta Sala una lectura sistemática de la jurisprudencia acabada de reseñar permite las siguientes conclusiones:

- i) La sanción moratoria, está sujeta a prescripción **total o parcial**, que ocurre **si no se reclama dentro de los tres años siguientes al momento en que se cumple el plazo para el pago de las cesantías.**
- ii) La sanción moratoria tiene **carácter periódico**, en tanto se causa día a día, hasta tanto se satisfaga el pago de la cesantía.

104

- iii) La prescripción puede ser **total o parcial dependiendo del momento en que la cesantía sea pagada.**
- iv) Cuando la cesantía se paga **luego de tres años**, ello no implica que cese la sanción legal.
- v) En el anterior evento, la petición de reconocimiento de la sanción, suspende la prescripción, a la luz del **artículo 151 del CPT, sin perjuicio de la porción prescrita.**

#### 4.4. Caso Concreto:

Del material probatorio traído al plenario se extrae que:

- La accionante es docente nacionalizada y elevó solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el día **27 de marzo de 2009**, según se lee en el considerando segundo de la Resolución No. 0927 expedida el 16 de octubre de 2009. Allí también se consignó que “según certificación expedida por la Secretaría de Educación de Boyacá, se comprobó que el (la) docente ha prestado sus servicios durante 23 años 3 mese 28 días, lapso comprendido del 05 de septiembre de 1985 al 30 de diciembre de 2008 en forma continua” (fl. 37).
- Esta última Resolución ordenó, en favor de la señora María Elisa Vargas Blanco, el pago neto de las cesantías parciales en cuantía de \$40.000.000 moneda corriente. Este acto administrativo fue notificado personalmente a aquella el **16 de diciembre de 2009** (fl. 437-38 y 38 vto).
- Según certificado expedido por el Banco BBVA, a la señora María Elisa Vargas Blanco **se le cancelaron** sus cesantías parciales por parte de la Fiduprevisora el día **3 de marzo de 2010** (fl. 39).
- El **22 de diciembre de 2010**, la accionante, mediante apoderado judicial, presentó ante el Secretario de Educación de Boyacá, petición de reconocimiento y pago de sanción moratoria por pago tardío de sus cesantías parciales (fl. 29-35).
- En **Oficio No 404 2012EE00072625 del 14 de agosto de 2012, Fiduciaria La Previsora** indicó a la accionante que su solicitud de pago de sanción moratoria por el pago tardío de cesantías parciales no resulta procedente, toda vez que el reconocimiento de esta prestación atendió al sistema de

*turnos y disponibilidad presupuestal que debe atender esa entidad y que tampoco es procedente el reconocimiento de intereses sobre sanción moratoria. Aclara que esa respuesta no constituye acto administrativo pues no tiene competencia para emitirlos (fl. 42)*

- *Mediante Oficio del **22 de agosto de 2012**, la Secretaría de Educación de Boyacá informó a la parte actora que la petición del **22 de diciembre de 2010** fue remitida a la Fiduciaria La Previsora S.A., por competencia, en tanto que es la entidad encargada de administrar recursos y cancelar las prestaciones sociales de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fl. 40, 41)*
- *La solicitud de conciliación prejudicial se presentó el 11 de enero de 2018; la audiencia de conciliación se declaró fallida el 19 de febrero de ese año (fl. 47); y la demanda se presentó el 15 de marzo de 2018 (fl. 27).*

*Pues bien, dirá la Sala, en primer lugar, que conforme con la sentencia de unificación jurisprudencial del 18 de julio de 2018 de la Sección Segunda del Consejo de Estado a los docentes, como la accionante, les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; posición coincidente con el criterio de la Corte Constitucional.*

*En segundo término, que en el contexto probatorio descrito, tal como lo concluyó la jueza a-quo en el auto recurrido, los términos establecidos en la aludida sentencia de unificación jurisprudencial definidos para la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales<sup>6</sup>, su ejecutoria<sup>7</sup> y el fijado para el pago de dicha prestación<sup>8</sup> en un total de 65 días, se cumplieron el **7 de julio de 2009**.*

*Es desde esta fecha, al tenor del aludido pronunciamiento jurisprudencial, que la entidad accionada incurrió en mora al no reconocer y pagar dentro de los mencionados plazos legales, las cesantías parciales solicitadas por la docente peticionaria a partir del 27 de marzo de 2009 (fl. 37).*

*Para el caso bajo juzgamiento, se advirtió que el reconocimiento de la cesantía parcial solicitada se concretó en la Resolución No. 0927 del 16 de octubre de este*

<sup>6</sup> 15 días hábiles según artículo 4 de la Ley 1071 de 2006

<sup>7</sup> 5 días hábiles de ejecutoria, teniendo en cuenta que la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo conforme con sus artículos 51 y 62.

<sup>8</sup> 45 días hábiles de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006

último año (fl. 437-38 y 38 vto) y su pago se efectuó el **3 de marzo de 2010 (fl. 39)**; por ende, la sanción moratoria se causó periódicamente desde el **8 de julio de 2009**, fecha siguiente a cumplirse el plazo legal aludido, hasta el **2 de marzo de 2010**, día anterior al pago de la prestación adeudada.

Así mismo, que la petición de pago de la sanción fue presentada el **22 de diciembre de 2010**, es decir, dentro de los tres (3) años siguientes a su causación lo cual como se dijo ocurrió desde el 8 de julio de 2009, de tal suerte que a aquella fecha no estaba afecta a prescripción alguna ningún día de la sanción moratoria causada en el periodo señalado incluido su último día -2 de marzo de 2010-.

Sin embargo, pese a que con dicha petición de pago de la sanción se **suspendió por una sola vez y por el mismo periodo trienal** la prescripción extintiva que operó en obediencia a lo previsto en el artículo 151 del CPT, pero, no menos cierto es que, a la fecha en que agotó requisito de procedibilidad el **11 de enero de 2018 (fl. 47)** y de presentación de la demanda lo cual ocurrió el 15 de marzo siguiente (fl. 27), ese plazo trienal que se estructuró el 23 de diciembre de 2013 – día siguiente al de la petición de pago de la sanción-, estaba más que superado y era dable declarar configurada la excepción de prescripción extintiva del derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales como lo concluyó la jueza a-quo.

Ahora bien, sostiene el apelante que no era procedente declarar tal excepción, dado que el acto administrativo enjuiciado es de carácter ficto negativo producto del silencio administrativo en que incurrió la entidad accionada y, en esa medida, conforme con la norma procesal contencioso administrativa, era pasible de atacarse su legalidad en cualquier tiempo y frente al cual “no operan términos prescriptivos”.

Al efecto, la Sala debe precisar que la caducidad y la prescripción son dos figuras jurídicas distintas.

En efecto, la caducidad comprende el término legal para el ejercicio del medio de control respectivo de manera que al no promoverse oportunamente se produce el fenómeno de la caducidad<sup>9</sup>.

Ésta – la caducidad - ocurre por la inactividad del interesado **en acudir oportunamente a los medios judiciales** previstos por el legislador, en

<sup>9</sup> Artículo 169 del CPACA.

consecuencia constituye una garantía para la seguridad jurídica y el interés general<sup>10</sup> y su incumplimiento lo presume la ley como la falta de interés del demandante en el impulso de dichos medios; de manera que su vencimiento hace imposible intentar la acción.

Mientras que la prescripción se predica de **la pretensión**, esto es, al derecho mismo sujeto a debate y constituye el término específico establecido por ley para adquirirlo o extinguirlo.

En torno a la distinción entre estas dos figuras, la sentencia C-091 de 2018 proferida por la Corte Constitucional recordó que:

*“A pesar de las dificultades teóricas para diferenciar la caducidad de la prescripción extintiva, ya que ambas figuras conducen a resultados prácticos equivalentes, por la imposibilidad de hacer efectiva la obligación o el derecho<sup>11</sup>, esta Corte ha establecido que la prescripción extintiva se diferencia de la caducidad por su naturaleza y por sus efectos. La caducidad es un fenómeno de orden público que **extingue la acción** correspondiente, cierra la posibilidad de acceder a la justicia y genera, por consiguiente, el rechazo de la demanda, en razón de su no presentación oportuna<sup>12</sup> o, si no fue preliminarmente advertida, la adopción de una sentencia inhibitoria, por tratarse de un defecto insaneable del proceso. Por su parte, la prescripción extintiva **suprime los derechos o las obligaciones**<sup>13</sup> y, por lo tanto, no cierra el acceso al juez, no impide que el mismo profiera una sentencia de fondo, respecto de las pretensiones formuladas ya que, al lado del pago, son asuntos relativos al objeto mismo de la litis”. (Resaltado fuera de texto)*

De manera que aun cuando se censure la legalidad de un acto ficto como sucede en el *sub judice*, frente al cual la norma procesal administrativa permite que el interesado lo demande en cualquier tiempo y no está sujeto a término **de caducidad** alguno bajo los mandatos establecidos en el literal d) del numeral 1 del artículo 164 del CPACA, ello no impide que al abordar el **examen del derecho** que se debate

<sup>10</sup> Para mayor ilustración ver: DEVIS ECHANDIA, Hernando. COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL. Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial ABC, 1981, tomo I, p. 10. QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial Temis 2000, p. 460.

<sup>11</sup> “De acuerdo con la teoría procesal, tanto la prescripción como la caducidad son fenómenos de origen legal cuyas características y efectos debe indicar el legislador; estas figuras procesales permiten determinar con claridad los límites para el ejercicio de un derecho”: Corte Constitucional, sentencia C-227/09.

<sup>12</sup> “La caducidad es una institución jurídico procesal a través del cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso”: Corte Constitucional, sentencia C-832/01.

<sup>13</sup> “(...) la prescripción del derecho sustancial o material equivale a la extinción jurídica de una situación como consecuencia del transcurso del tiempo, como consecuencia de una renuncia, abandono, desidia o inactividad”: Corte Constitucional, sentencia C-412/97.

136

pueda predicarse la **extinción** de este por el paso del tiempo, en virtud a la prescripción extintiva que consagre la ley, en atención a lo establecido en el artículo 151 del CPT, así:

*“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”.  
(Subrayado fuera de texto)*

En el presente asunto se advierte que a la parte actora se le garantizó su derecho fundamental de acceso a la administración de justicia al permitírsele demandar en cualquier tiempo, en aplicación a las normas procesales contencioso administrativas, un acto presunto de carácter negativo y a partir de ello agotar un proceso legal en torno a sus pretensiones de nulidad respecto a aquel; diverso es que con arreglo a lo dispuesto en la norma procesal laboral sobre la prescripción extintiva del derecho conforme con lo preceptuado en el mencionado artículo 151 del CPT y en interpretación de la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Sección Segunda del Consejo de Estado en lo tocante a esta materia, su derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardía de sus cesantías parciales ya se encuentre **totalmente prescrito** como se explicó de manera amplia previamente.

Por último, cabe recordar que la jurisprudencia de dicho Tribunal de Cierre señaló que la sanción moratoria es un derecho autónomo, de cuya naturaleza claramente se evidencia que **es una prestación de carácter periódico, ya que se causa por cada día de retardo en el pago de las cesantías definitivas** hasta cuando se efectúe la cancelación de estas, por lo que **solo se perderá el derecho a obtenerla cuando una vez sufragado la prestación**, transcurren más de 3 años sin reclamarla.

En estos términos, el argumento de apelación planteado por la parte actora, no está llamado a acogerse.

Hecha la anterior aclaración, y al margen de la conclusión expuesta, observa la Sala al revisar el plenario, que con ocasión a la petición que la parte actora presentara el 22 de diciembre de 2010, ante la Secretaría de Educación de Boyacá (fls. 29-36), Fiduciaria la Previsora S.A expidió el **oficio 404 2012EE00072625 del 14 de agosto de 2012**, dirigido al apoderado de la parte actora, que dio respuesta a su solicitud de

reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, remitida a esa dependencia en los siguientes términos:

*“El pago correspondiente a la cesantía, mediante Resolución No. 927 del 16 de octubre de 2009 expedida por la Secretaría de Educación a la cual se encuentra vinculado, colocó a disposición del beneficiario a partir del 12 de febrero de 2010 sin que se evidencie en la base de datos actos administrativos aclaratorios ni el reintegro de la misma.*

*Fiduprevisora S.A., es la entidad financiera actúa como vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y en esa medida, procede con los pagos de prestaciones económicas siempre y cuando cuente con los recursos que para el efecto traslada el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de Educación Nacional, de acuerdo a los desembolsos que en forma mensual autorizan estos organismos, tomando en consideración la liquidación de los aportes patronales para la atención de cesantías.*

*(...)*

*En ese contexto, mal podrían generarse intereses moratorios y/o indexación alguna y contradecir principios constitucionales y jurisprudenciales, cuando la suma de dinero reconocida es aquella producto del turno de atención correspondiente y de la asignación presupuestal legalmente destinada para tal efecto de acuerdo al Principio Fundamental de Igualdad.*

*Así mismo es importante indicar que los intereses por mora en el pago de prestaciones económicas deben ser liquidados y decretados por un juez de la República y se incluirán previa ejecutoria del fallo, al presupuesto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

*Adicionalmente, los intereses por mora no se liquidan y se cancelan de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006, ya que, por derogatoria expresa de la ley 1328 de 2009, dichos intereses no podrán exceder el doble del interés bancario corriente vigente al momento de la fecha establecida legalmente para realizar el pago (artículo 88)*

*En virtud de lo expuesto queda atendida de fondo su solicitud, aclarándose que esta comunicación no es válida no considerada como un Acto Administrativo, teniendo en cuenta que por la naturaleza jurídica de la entidad no tiene competencia legal alguna para emitir actos administrativos”*

Adviértase entonces, a través del anterior oficio, Fiduprevisora **dio respuesta** a la demandante sobre la negativa de reconocimiento y pago de indemnización moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales y en el cual negó tal petición.

Acerca de la naturaleza de los actos que expide Fiduciaria La Previsora S.A., esta Corporación en oportunidades anteriores, sostuvo que no eran controlables por la jurisdicción contenciosa, pues al cumplir una función de medio ésta se limita a desembolsar los recursos para el pago de los derechos que son reconocidos a los afiliados al FPSM mediante los actos administrativos que expidan las autoridades



competentes para ello, es decir, las Secretarías de Educación en representación de la Nación.

No obstante, es del caso resaltar una vez más<sup>14</sup>, que tal criterio fue rectificado por esta Sala en atención a que la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera, Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en auto del 21 de junio de 2018, dentro del proceso No. 25000-23-42-000-2017-04738-01(0850-18)<sup>15</sup>, al estudiar un caso que debatía la caducidad del medio de control impetrado, señaló:

*“Conforme al artículo 56 de la Ley 962 de 2005<sup>16</sup> y a los artículos 2º, 3º, 4º y 5º del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005<sup>17</sup>, corresponde al FOMAG el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas de sus afiliados, a través de la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien lo administra, en este caso, la Fiduprevisora S.A.<sup>18</sup>, acto administrativo que es preparado por la respectiva secretaría de educación a la que se encuentre vinculado el docente, lo cual reafirma que dicha competencia se encuentra en el referido Fondo.<sup>19</sup>”*

*No obstante lo anterior, tal como lo dispone el artículo 3º de la Ley 91 de 1989<sup>20</sup>, el patrimonio autónomo sin personería jurídica cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria, es de la Nación; por consiguiente, habida cuenta que se encuentra en cabeza del FOMAG tanto el*

<sup>14</sup> En este mismo sentido véase: Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 3. Sentencia del 14 de julio de 2019, Tunja, septiembre (12) de dos mil diecinueve (2019), Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho, Demandante: Clarisa Rodríguez Valero, Demandado: Ministerio de Educación Nacional – FNPSM, Expediente: 15001 3333 006 2017 00164-01. M. Pte. Clara Elisa Cifuentes Ortiz y Sala de Decisión No. 3, sentencia del 29 de agosto de 2019, Radicación 15001-3333-011-2017-00152-01, misma magistrada ponente.

<sup>15</sup> Iniciado por Flor Cecilia Ramírez Sánchez, contra Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A. En iguales términos, se pronunció este Tribunal desde el auto del 14 de noviembre de 2017, dentro del proceso No. 150013333003201700072-01.

<sup>16</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>17</sup> «Por el cual se reglamentan el inciso 2º del artículo 3º y el numeral 6 del artículo 7º de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones.»

<sup>18</sup> según lo acordado en la Escritura Pública 0083 de 1990.

<sup>19</sup> En este mismo sentido pueden verse las sentencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 1º de febrero de 2018, Rad. 2994-14 C.P. Dr. William Hernández Gómez; también las del 25 de mayo de 2017, Rad. 0645-14, y del 14 de marzo de 2016, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez; así como las del 18 de agosto de 2011. Rad. 1887-2008 y 14 de febrero de 2013, Rad. 1048-2012. M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>20</sup> «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.» «[...] Artículo 3º.- Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional. El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad.»

*reconocimiento como el pago de las cesantías de la actora, es ostensible que la competencia en tratándose de prestaciones sociales de los docentes, y para el caso concreto de la solicitud de sanción moratoria por el incumplimiento del término legal, corresponde al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin que para ello se requiera de intervención alguna del ente territorial – Secretaría de Educación Distrital-, razón por la cual, no le asiste razón a la apelante, cuando pretende establecer que la respuesta a su petición debía ser atendida por el ente territorial, llámese en este caso, la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá.*

*Así las cosas, no existió el acto ficto negativo que aduce la demandante, por cuanto es claro para la Sala, que **la respuesta emitida por la Fiduprevisora S.A. como administradora del FOMAG respecto del pago de las prestaciones económicas del personal docente afiliado a este, es un acto administrativo válido, a pesar de que en el mismo se diga cosa diferente.***”  
(Resaltado fuera de texto)

De tal modo que, el oficio mediante el cual Fiduprevisora dio respuesta a la interesada sobre la improcedencia del pago de indemnización moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales constituye actualmente, a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado, un acto administrativo pasible de control por esta jurisdicción.

Sin embargo, la Sala no pasa por alto que el mencionado pronunciamiento jurisprudencial del Consejo de Estado, data del 21 de junio de 2018, mientras que la presente demanda se interpuso el 15 de marzo de ese año (fl. 27), es decir, cuando aún no se había expedido tal providencia, razón por la cual se abstendrá de analizar sus implicaciones en este caso que, como queda visto, se resuelve al constatar la prescripción del derecho demandado.

Pero cabe señalar que la demandante, **a pesar conocer el Oficio 404 2012EE00072625 del 14 de agosto de 2012**, omitió demandarlo e insistió en la existencia del silencio administrativo, en ánimo a lograr el acceso a la administración de justicia, como en efecto, ya se dijo, lo logró, e incluso, evadiendo una posible caducidad.

Pero, a más de la prescripción ya desarrollada, aunque el anterior acto no fue demandado lo cual impide considerar la caducidad de la acción frente al mismo, cabe sí interrogarse sobre la ineptitud de la demanda, al no haber sido demandado el acto administrativo que la **afectó**, aspecto que, sea dicho, no fue objeto de argumentación por la demandante, para expresar las razones por las cuales consideraba que tal Oficio, no implicaba respuesta de fondo, clara y definitiva frente a su petición de reconocimiento de sanción por pago tardío de las cesantías y justificaba omitir frente la pretensión de nulidad.

Sentadas las precedentes consideraciones, la Sala confirmará la providencia objeto de alzada.

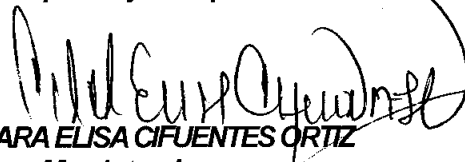
- **Costas:**

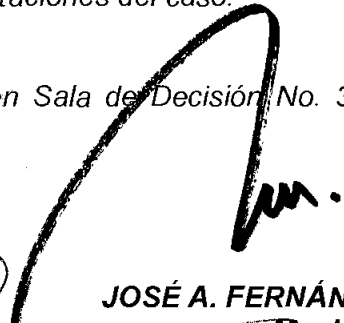
La apelación de autos en la segunda instancia impone una decisión de plano, en consecuencia, no hay lugar a desarrollos probatorios que puedan implicar gastos procesales y, tampoco hay lugar a intervención de la parte contraria que dé lugar a agencias en derecho. Así entonces, no se impondrán costas en esta instancia.

Por lo expuesto se **RESUELVE:**

1. **Confirmar** el auto proferido el 3 de diciembre de 2019 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, en el trámite de la audiencia inicial, declaró probada la excepción de prescripción extintiva del derecho y dio por terminado el proceso, por las razones expuestas en esta providencia.
2. Sin costas en esta instancia.
3. En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de Decisión No. 3, de la fecha.  
**Notifíquese y cúmplase.**

  
**CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ**  
Magistrada


  
**JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO**  
Magistrado

  
**OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO**  
Magistrado

Hoja de firmas

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: María Elisa Vargas

Demandado: Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.  
Expediente: 15759 3333 002 2018 00119-01

  
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE  
BOYACÁ**  
**CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR  
ESTADO ELECTRÓNICO**

El auto que antecede, se notificó por Estado Electrónico Nro. 31. Publicado en el Portal Web de la Rama Judicial, hoy 2 MAY 2020 siendo las 8:00 A.M.

Claudia Lucía Rincón Arango  
Secretaria