

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

**Magistrado Ponente: CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO**

Villavicencio, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

**SALA DE DECISIÓN ORAL No. 2**

**ASUNTO:** APELACIÓN DE AUTO  
**REFERENCIA:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**DEMANDANTE:** JAVIER ALFREDO CASTRO HERNANDEZ  
**DEMANDADO:** NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO  
**RADICACIÓN:** 50001-33-33-009-2019-00041-01

**I. AUTO**

Encontrándose el asunto al Despacho, procede la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra auto proferido en audiencia del 04 de diciembre del 2020 por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, mediante la cual declaró prospera la excepción mixta denominada *Prescripción extinta*.

**II. ANTECEDENTES**

El ciudadano JAVIER ALFREDO CASTRO HERNANDEZ mediante apoderado judicial, promovió el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 del C.P.A.C.A<sup>1</sup>, contra la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, con el fin de que estimen las siguientes:

**1. Pretensiones.**

Declarar la nulidad del acto ficto configurado el día 31 de enero de 2019, frente a la petición presentada el día 31 de octubre de 2018, en cuanto negó el derecho a pagar

---

<sup>1</sup> “Artículo 138 C.P.A.C.A. Nulidad y restablecimiento del derecho: “*Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño*”. (...)

la sanción por mora a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

Como consecuencia de lo anterior, declarar que mi representado tiene derecho a que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, le reconozca y pague la SANCION POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

Finalmente, que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

## **2. Hechos.**

Indica el apoderado de la parte accionante, que el señor JAVIER ALFREDO CASTRO HERNANDEZ por haber laborado como docente en los servicios educativos estatales, solicitó a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día 05 de junio de 2015, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

Precisa que por medio de la resolución No 5729 del 08 de septiembre de 2015, le fue reconocida las cesantías solicitadas. Estas cesantías fueron canceladas el día 04 de diciembre de 2015, por intermedio de entidad bancaria.

Reseña que al haber solicitado las cesantías el día 5 de junio de 2015, el plazo para que se hubieren cancelado oportunamente vencía el 21 de septiembre, pero las mismas fueron tan solo pagadas el 04 de diciembre de 2015, razón por la cual se generó una mora de 74 días. En virtud de lo anterior, el 23 de octubre de 2008 solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sin que se haya dada respuesta a su solicitud, motivo por el cual se configuró un silencio administrativo negativo.

## **3. Fundamentos de derecho.**

Se señalan como fundamentos normativos, los siguientes:

- Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15.

- Ley 244 de 1995. Artículos 1 y 2.
- Ley 1071 de 2006. Artículos 4 y 5

Expone, en el concepto de violación, que el pago de las cesantías de los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, siempre han estado desconociendo las disposiciones que regulan la materia, demorándose, en algunos eventos, hasta 4 o 5 años.

En virtud de estas circunstancias, fueron expedidas de manera progresiva la ley 244 de 1995 y la ley 1071 de 2006, mediante la cuales se reguló la situación particular del pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, estableciendo un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, de los 15 días después de radicada la solicitud y 45 días para proceder al pago al servidor, después de expedido el acto administrativo de reconocimiento.

A pesar de lo anterior, y en contra de la línea jurisprudencial que ha establecido que la disposición normativa implica que el reconocimiento y pago de la cesantía no debe superar los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, el FONDO PRESTACIONAL DEL MAGISTERIO cancela por fuera de los términos establecidos, lo que genera una sanción para la entidad equivalente a 1 día de salario del docente, con posterioridad a los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, contado hasta cuando se efectúe el pago de estas cesantías.

Y ello fue lo que aconteció en el presente asunto, donde la entidad demandada no pagó oportunamente la cesantía y por ende debe asumir el pago de la sanción moratoria que decidió no asumir.

#### **4. Contestación de la demanda.**

La entidad demandada contestó oportunamente la demanda el día 25 de junio del 2020, oponiéndose a la totalidad de declaraciones y condenas propuestas por la parte actora, así:

Precisa que la declaratoria de la existencia del acto ficto o presunto negativo respecto de la petición, radicada el 23 de octubre de 2018, ante la Secretaría de Educación, por ser un hecho ajeno a mi representada, no puede traerle consecuencias negativas. Sumado a lo anterior, en el caso en concreto operó el fenómeno de prescripción extintiva de las consecuencias económicas reclamadas, por lo que no existe derecho alguno.

Se opone al restablecimiento del derecho y pago de intereses moratorios e indexación, cumplimiento de fallo y costas y agencias en derecho, como quiera que estas pretensiones son consecuencia de las anteriores, y, en consecuencia, al no proceder el reconocimiento de las pretensiones declarativas, tampoco habrá a lo

solicitado en las pretensiones condenatorias.

En la contestación de la demanda, se propuso como excepción previa, la prescripción extintiva como medio exceptivo del presunto derecho de reconocimiento y pago de sanción moratoria por el retardo en el pago de la cesantía definitiva solicitado por el docente, para lo cual indica que conforme a lo decidido en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 CE-SUJ2-004-16, se estableció que el término aplicable para la prescripción de la sanción moratoria era de tres años, conforme a lo indicado en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

En virtud de lo anterior, argumenta que para la fecha en que fue radicada la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, el 23 de octubre de 2018, aquel derecho se encontraba prescrito, pues, aquella se hizo exigible desde el 21 de septiembre de 2015, razón por la que al demandante sólo le era dable reclamar su reconocimiento hasta el 21 de septiembre de 2018. En consecuencia y teniendo en cuenta que la sanción por mora es una penalización indivisible y por ende no periódica, resulta advertir desde ahora que se configuró la prescripción de las consecuencias económicas del derecho reclamado, además si se atiende la fuerza vinculante de las decisiones de unificación del Consejo de Estado.

### III. AUTO APELADO.

El Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, en auto proferido el 04 de diciembre del 2020, declaró prospera la excepción mixta denominada *Prescripción extinta*, por medio de la cual dio por terminado el proceso. Como fundamento de la decisión, encontró que el señor Javier Alfredo Castro Hernández solicitó el reconocimiento y pago de cesantías parciales el día 05 de junio de 2015, bajo el radicado No. 2015-CES-0190867, la cual le fue reconocida mediante resolución No. 5729 del 08 de septiembre de ese mismo año y notificada personalmente el día 30 de septiembre de 2015, esto es, por fuera del plazo legal; por lo anterior, se procedió a realizar la contabilización de los plazos para el reconocimiento de las cesantías parciales, debido a que el acto administrativo de reconocimiento fue expedido de manera extemporánea.

Para tal efecto, a partir del día siguiente al 05 de junio de 2015, fecha para la cual se solicitaron las cesantías, comenzaron a correr los 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, los cuales vencieron el día 01 de julio de 2015.

El acto administrativo debió quedar ejecutoriado el 15 de julio de 2015, toda vez que la petición de reconocimiento se presentó en vigencia del C.P.A.C.A. Una vez ejecutoriado el acto administrativo, a partir del día siguiente, inició el conteo de los 45 días para el pago de las cesantías solicitadas, plazo que finalizó del día 21 de septiembre de 2015. Es decir, que, a partir del 22 de septiembre de 2015, se empezó a

causar la sanción moratoria, porque no se le pagó a la parte actora las cesantías dentro del plazo legal.

Pues bien, la parte demandante, de conformidad con lo normado en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, contaba con tres años para reclamar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la aludida indemnización, término que se cuenta a partir del día en que se hizo exigible la mora, que para el presente caso es desde el 22 de septiembre de 2015 y hasta el 22 de septiembre de 2018.

No obstante, la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria fue presentada por la parte actora, ante la administración el día 31 de octubre de 2018; la solicitud de conciliación extrajudicial fue radicada ante la Procuraduría 48 Judicial II para Asuntos Administrativos el 11 de marzo de 2019; y la presente demanda fue instaurada el día 15 de julio de 2019, fechas para las cuales el derecho a reclamar ya había prescrito, pues transcurrieron más de 03 años entre la acusación de la sanción moratoria y la solicitud de conciliación extrajudicial.

En consecuencia, al acreditarse que operó el fenómeno prescriptivo respecto al derecho al reconocimiento de la sanción moratoria deprecada por el demandante, se declaró la prosperidad de la excepción propuesta por la apoderada sustituta de la parte demandada, y por ende, se dio por terminada la actuación.

#### IV. RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con la decisión del *a quo*, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación, indicando que en el presente asunto existen tres argumentos dentro de la literalidad de la norma que le impiden haber adoptado esta decisión. *En primer lugar* la sanción por mora por la no cancelación oportuna, no prescribe, conforme a la jurisprudencia reciente de la máxima autoridad de lo Contencioso Administrativo. *En segundo lugar*, la sanción por mora por la no cancelación oportuna, no se encuentra consagrada en el Decreto Ley 3135 de 1968 ni en el Decreto Nacional 1848 de 1969; y *en tercer lugar*, la sanción por la mora establecida en la ley 1071 de 2006, no es una prestación Social ni laboral, que sigue las reglas del Código Civil para efectos de su prescripción.

Argumenta, que en el presente caso se debe hacer un estudio sobre la fecha de pago extemporáneo de las cesantías parciales y/o definitivas por parte de la entidad que fue el **04 de diciembre del 2015** y la fecha de presentación de la reclamación administrativa fue el **31 de octubre del 2018**, de conformidad con lo anterior no han transcurrido más de tres (03) años de haber presentado la reclamación como lo establece la ley.

Indica la parte demandante que el trámite judicial de la reclamación judicial es un proceso de naturaleza declarativa que busca determinar la existencia de la tardanza

en la cancelación de las cesantías que fueron reconocidas y canceladas por fuera de los términos legales, pero la declaración sobre su valor y el tiempo que debe cancelarse, solo existe hasta que el juez administrativo determine claramente el contenido que le asiste al demandante y, lo que se pretende en el presente proceso es determinar la cuantía de la sanción por mora, para lo cual es necesario constituir inicialmente a partir de qué momento se contabilizarán los términos para efectos de determinar el momento a partir del cual se da inicio a causar la sanción por mora, situación que es exactamente igual a lo establecido en la sentencia, lo que evidencia que en el presente asunto no existe prescripción del derecho.

En virtud de lo anterior, el derecho solo surge la vida jurídica con la sentencia que pone fin al presente proceso, y, en consecuencia, no es posible que opere el fenómeno de la prescripción.

Adicional a lo anterior, en el recurso de apelación se indica que ni las cesantías, ni la sanción por mora, son derechos consagrados en el Decreto Ley 3135 de 1968, ni el Decreto Reglamentario 1848 de 1969, las acciones que emanen de allí, no le pueden ser aplicables, pues se estaría frente a una inmensa contradicción de hacer prescribir un derecho para mi representado con base en una disposición normativa que no contiene esta prestación, cuando se trata de restringir un derecho. Distinto sería que dentro del contenido de las disposiciones de los Decretos Nacionales 3135 de 1968 y 1848 de 1969, estuviera consagrada la prestación de la sanción por mora. pretenden ser aplicados para el accionante.

Esgrime, que no pueden utilizarse dos interpretaciones la más restrictiva para el trabajador, pues estaríamos frente a una abierta contradicción del principio *pro-operario*, pues si pretende aplicarse una aplicación restrictiva, por lo menos se deben utilizar disposiciones normativas que le sean aplicables, y que se refieran a la prestación, pues como ha quedado evidenciado, la norma que pretende aplicarse, no contempla el derecho que pretende hacer prescribir el *a-quo*.

Precisa que se debe tener en cuenta la fecha de la realización de la solicitud de reconocimiento de las cesantías, para contabilizar, a partir de allí, los 65 días hábiles con que cuenta una entidad encargada de este reconocimiento, para determinar la condena de la sanción establecida en la ley 1071 de 2006, independientemente de la fecha de la expedición del acto administrativo que establezca su reconocimiento.

Finalmente, indica que el legislador con la expedición de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, pretendió erradicar de una vez por todas, la malsana practica que venía realizando las entidades públicas al retardar injustificadamente el pago de las Cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos convirtiendo su reconocimiento y pago en un negocio burocrático, estableciendo términos perentorios, no solo para proferir el acto administrativo que reconoce el derecho a las cesantías, sino además para su respectiva cancelación,

teniendo como un telón de fondo el hecho de que la incorporación de un servidor público al Estado debe contar previamente con la disponibilidad presupuestal necesaria para el pago de todos sus derecho laborales, a fin de que esa no sea la excusa posterior para negar o **retardar** el pago de alguno de ellos.

En virtud de lo anterior, solicita que se analice esta situación y modifique la condena como se ha solicitado, pues no puede protegerse esta insana práctica de la entidad ejecutada, pues en la sentencia que se apela, se indica que ya no tienen ningún afán en realizar el trámite de las cesantías, pues mientras no se haya expedido el acto administrativo, los jueces no ordenarán el pago de ninguna sanción y menos el pago de los intereses, pues estos, solo comienzan a “correr”, unos y otros, cuando se expida la resolución de reconocimiento o cuando se cumpla el termino para el pago oportuno.

## V. TRÁMITE PROCESAL.

Mediante proveído del 23 de marzo del 2021, al reunir todos los requisitos de ley, se admitió el recurso de apelación promovido por la parte demandante.

## IV. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia.

La Sala es competente para conocer de la presente apelación de conformidad con el 153 de la Ley 1437 de 2011, teniendo en cuenta que se trata de un auto proferido en primera instancia por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Villavicencio y corresponde a esta corporación su conocimiento como superior funcional.

### 2. Oportunidad para promover el medio de control.

No opera para el presente asunto el análisis de caducidad, toda vez que de conformidad con el literal «C» del primer numeral del artículo 164 C.P.A.C.A, cuando la demanda se dirige contra actos que reconocen o niegan total o parcialmente prestaciones periódicas, puede presentarse en cualquier tiempo.

### 3. Problema Jurídico.

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, la Sala debe decidir si operó el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva frente al pago de la sanción moratoria, conforme lo decidió la Juez en el auto impugnado

Para el efecto, la Sala analizará si a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio les es aplicable lo dispuesto en las Leyes 244 de

1995 y 1071 de 2006. En caso de una respuesta afirmativa se establecerá si en el presente caso operó la prescripción.

Una vez planteado lo anterior, procede la Sala a delimitar el *sub examine* teniendo en cuenta lo siguiente:

#### **4. Marco jurídico.**

##### **4.1. Los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la sanción moratoria de la Ley 1071 de 2006.**

De conformidad 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. 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 S.A.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 18 de julio de 2018, unificó la aplicación de la Ley 1071 de 2006 (que modificó la Ley 244 de 1995) a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, regidos por la Ley 91 de 1989, teniendo en cuenta las diversas posturas que tenía el Consejo de Estado sobre el reconocimiento de la sanción moratoria en el pago de las cesantías a favor de los docentes.

Por ello, con el propósito de unificar jurisprudencia, esa Corporación explicó que los docentes hacen parte de la categoría de empleados públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, por la naturaleza del servicio que prestan; la regulación del servicio docente; su ubicación en la Rama Ejecutiva del Estado; y la implementación de la carrera docente, que comprende el ingreso, ascenso y retiro del servicio.

En razón de dicha calidad de empleados públicos el Consejo de Estado precisó:

*“a los docentes 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; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional”<sup>2</sup>*

Frente a la aplicación de estas disposiciones, la Sección Segunda, en la mencionada Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2018, precisó que la Ley 1071 de 2006 prevalece sobre el Decreto 2831 de 200513, que fue inaplicado por la excepción de ilegalidad, ya que desconoce la jerarquía normativa de la ley en comento, al establecer términos diferentes para el reconocimiento de las cesantías definitivas o parciales. En relación con el momento a partir del cual empieza a correr la sanción moratoria, la Sala hará referencia en el capítulo siguiente.

La Sección Segunda, en la mencionada Sentencia de Unificación, también precisó que la Ley 1071 de 2006 no establece como requisito de exigibilidad de la sanción moratoria causada por el retardo en el pago de las cesantías parciales o definitivas que exista disponibilidad presupuestal para pagar esta prestación, ni que el respeto del turno de quienes han pedido el reconocimiento de las cesantías justifica el desconocimiento de los plazos legales para satisfacer esta prestación, de modo que se impida la exigibilidad de la sanción moratoria. A juicio de la Sala el respeto del turno se entiende en el marco de los términos legales.

#### **4.2. La sanción moratoria causada por el retardo en el pago de las cesantías definitivas y parciales.**

Ley 244 del 29 de diciembre de 1995 “*por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones*” señala el procedimiento para la liquidación y pago de las cesantías definitivas de todos los servidores públicos, y en el parágrafo del artículo 2 regula la sanción moratoria causada por el incumplimiento de la entidad pública empleadora consistente en un día de salario por cada día de retardo hasta el pago efectivo de las mismas<sup>3</sup>. Esta ley fue adicionada y modificada por la Ley 1071 del 31 de julio de 2006, con el objeto de “*reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación*” (art. 1). Igualmente, estipuló el término para la expedición de la resolución que reconoce las cesantías y la procedencia de la sanción moratoria, en los artículos 4 y 5 así:

<sup>2</sup> La Corte Constitucional, en la sentencia SU-336 de 2017, concluyó que, debido a la naturaleza de la labor desempeñada por los docentes, éstos deben ser tratados como empleados públicos beneficiarios de la Ley 1071 de 2006, teniendo en cuenta que cubre a todos los funcionarios públicos y servidores de las ramas del poder público. En este sentido, la Corte expuso que los docentes tienen derecho al pago de la referida sanción moratoria.

<sup>3</sup> **Parágrafo.-** En caso de mora en el pago de las cesantías 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 éste”.

*“Artículo 4°. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.*

*Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.*

*Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.*

*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”.*

Ahora bien, con el fin de establecer el momento a partir del cual se hace exigible la sanción por mora, la mencionada Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2018 estudió las distintas hipótesis que pueden presentarse en cuanto a 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 las siguientes reglas jurisprudenciales<sup>4</sup>:

*“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:*

---

<sup>4</sup> La Sección Segunda consideró que “en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –cesantías parciales o definitivas- o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución”.

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 cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley<sup>5</sup> para que la entidad intentará 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 citada Sentencia de Unificación 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”.

### **4.3. Reglas Jurisprudenciales sobre prescripción sentadas en la Sentencia de Unificación**

---

<sup>5</sup> Artículo 69 CPACA.

Ahora, frente a la figura de la prescripción, se advierte que el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016<sup>6</sup>, estableció que la norma aplicable es la prevista en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, al indicar que los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 no hacen alusión a la sanción moratoria, y en consecuencia, lo procedente en estos casos era emplear el citado artículo 151<sup>7</sup> concordante con el artículo 6 del mismo estatuto.

Sin embargo, la postura de esta Sala de Decisión, consistía en otorgarle una aplicación integral al Código de Procedimiento Laboral en este aspecto, con fundamento en que al acudir al artículo 151 de ese estatuto, debía hacerse la integración normativa con lo preceptuado en el artículo 6 del C.P.L, pues aunque la primera norma indicaba que el reclamo de la prestación ante el trabajador interrumpía la prescripción, el referido artículo 6 precisaba los alcances de la reclamación administrativa; con fundamento además en que la Corte Constitucional<sup>8</sup> al revisar la constitucionalidad del artículo 6 del C.S.T.S.S., precisó que el término de prescripción de la respectiva acción se extendía por el término que tomara la administración en responder, por lo que en los casos que se demandaba un acto ficto o presunto, no operaba el fenómeno de la prescripción.

No obstante, esta corporación mediante sentencia de Sala Plena del 11 de julio de 2019<sup>9</sup> se apartó de la aplicación de lo previsto en el artículo 6º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, adoptando a partir de este momento la postura de que «el silencio administrativo no tiene la virtualidad de suspender de manera indefinida el fenómeno de prescripción de derechos laborales»; del citado pronunciamiento se extrae lo siguiente:

*“Con esta visión la Sala plena del Tribunal Administrativo del Meta acoge la postura simple y llana de aplicar el término prescriptivo contemplado en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, señalada en la Sentencia del 25 de agosto de 2016<sup>10</sup>, en virtud de la cual la Sala Plena de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado unificó algunos criterios en torno a sanción moratoria, entre ellos el de la prescripción, ante la falta de regulación de ese fenómeno extintivo respecto de tal penalidad en las normas antecedentes a su consagración en el sistema jurídico del país, desligándolo ese Tribunal del artículo 6º Ibídem, que en pasadas interpretaciones concurrió, cuando se trataba del estudio del fenómeno prescriptivo de la sanción moratoria en casos de actos fictos negativos, según las cuales no operaba el fenómeno extintivo de las sumas a recaudar, al plantearse que, ante tal situación de hecho, del silencio en la respuesta,*

<sup>6</sup> De fecha 25 de agosto de 2016 con ponencia del Magistrado Luis Rafael Vergara Quintero, Rad. 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14).

<sup>7</sup> Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social

*“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>8</sup> Sentencia C-792 de 2006

<sup>9</sup> Rad. 50001-33-33-004-2015-00029-01 Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Decio Palacios Hernández Vs Fomag, Ponencia del Magistrado Héctor Enrique Rey Moreno.

<sup>10</sup> C.E. Sala Plena Sección Segunda Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16, C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

*se daba al reclamante la posibilidad de esperar indefinidamente o de demandar, desconociéndose la particularidad que tiene el contencioso administrativo laboral de distinguir entre los fenómenos jurídicos de la caducidad del medio de control y de la prescripción del derecho; en este caso, a reclamar la penalidad; situación que no se vislumbra en los juicios laborales ordinarios, en que el concepto de prescripción atañe indistintamente a la acción y al derecho mismo”.*

Lo anterior, guarda relación con el actual derrotero del Consejo de Estado<sup>11</sup>, pues recientemente ha indicado que aunque no se consagre expresamente la prescripción frente a la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2016, esto no indica que sea imprescriptible, en armonía con las características del derecho sancionatorio; debiendo aplicarse por analogía el artículo 151 del C.P.L, conforme explicó esa misma Corporación en la sentencia de unificación CESUJ004 del 25 de agosto de 2016.

De esta manera, debe tenerse en cuenta el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual *«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.»*.

## 5. Caso Concreto.

Se encuentra demostrado que el señor JAVIER ALFREDO CASTRO HERNANDEZ en el presente asunto, prestó sus servicios como docente en la institución educativa normal superior del municipio de Granada- Meta, desde el 01 de enero de 1993 hasta la fecha 30 de diciembre del 2014. A través de apoderada, ejerció el medio de control de la referencia en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante FOMAG), con el fin de obtener la nulidad del acto administrativo presunto de fecha 31 de enero de 2019, producto del silencio administrativo negativo, al no haber suministrado respuesta la parte demandada al derecho de petición presentado el día 31 de octubre de 2018, mediante el cual se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y el reconocimiento de indexación hasta la fecha en la que se efectúe el correspondiente pago.

Al respecto, la parte demandada alegó vía excepción que el derecho para reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prescribió el día 21 de septiembre de 2018, si se tiene en cuenta que el mismo se hizo exigible a partir del 21 de septiembre de 2015, por lo que al 23 de octubre de 2018, fecha para la cual se radicó la solicitud en dicho sentido, el derecho de la parte demandante se encontraba prescrito, según lo establece el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y jurisprudencia de unificación del Honorable Consejo de Estado.

<sup>11</sup> Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, C.P. William Hernández Gómez, Rad. 68001233300020160040601 (1728-2018).

Conforme a lo anterior, el juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, en auto de fecha 4 de diciembre del 2020 declaro prospera la excepción mixta denominada *Prescripción extinta* y dio por terminado el proceso.

Conforme lo anterior, de acuerdo con los hechos probados y según las reglas jurisprudenciales señaladas en los capítulos anteriores, la Sala advierte que el señor JAVIER ALFREDO CASTRO HERNANDEZ, como docente tiene derecho a reclamar la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantías, sin que sea excusable para su exigibilidad la falta de asignación presupuestal o el cumplimiento de los turnos en las solicitudes.

En el presente caso la Secretaría de Educación Departamental del Meta, en nombre y representación de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la Resolución N° 5729 del 08 de septiembre de 2015, reconoció y ordenó el pago a favor del actor de las cesantías parciales solicitadas.

Ahora bien, en primer lugar, dilucidado lo anterior y teniendo en cuenta que el presente asunto se centra de manera exclusiva en determinar si acaeció el fenómeno de la prescripción, corresponderá a la Sala dar cumplimiento a las subreglas jurisprudenciales ya explicadas, en torno a la aplicación de la figura de la prescripción respecto de la sanción moratoria.

En el caso concreto, se advierte que el actor solicitó el pago de las cesantías parciales el 5 de junio de 2015, sin embargo, la Secretaría de Educación del Meta en representación de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió solo hasta el 8 de septiembre de 2015 la Resolución 5729 y el pago se efectuó el 4 de diciembre de 2015.

En este orden de ideas, como la solicitud se presentó el 5 de junio de 2015, el acto administrativo debió expedirse en el término de 15 días exigido en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, esto es, el 30 de junio de 2015, de modo, que la Resolución 5729 del 08 de septiembre de 2015 fue extemporánea.

Visto lo anterior, siguiendo el criterio ya indicado, se tiene que el término de exigibilidad de la sanción moratoria en el *sub lite* empezó a correr desde el 12 de septiembre de 2015, como se muestra en el siguiente cuadro:

Solicitud para el pago de las cesantías	5 de junio de 2015
Término de 15 días hábiles para expedir el acto administrativo	1 de julio de 2015

Ejecutoria (10 días C.P.A.C.A.)	15 de julio de 2015
Vencimiento del término para el <b>pago</b> - 45 días (Art. 5 Ley 1071 de 2006)	<b>21 de septiembre de 2015</b>
Exigibilidad sanción moratoria	<b>22 de septiembre de 2015</b>
Fecha de pago	<b>4 de diciembre de 2018</b>
Reclamación administrativa	31 de octubre de 2018

Así las cosas, la exigibilidad de la sanción moratoria empezó el 22 de septiembre de 2015 (día siguiente al vencimiento del término para pagar las cesantías parciales) y culminó el día 3 de diciembre, el día anterior al pago de las cesantías parciales, razón por la cual el tiempo de causación de la sanción moratoria operó entre el 22 de septiembre de 2015 y el 03 de diciembre del mismo año,

Como la reclamación de la sanción moratoria se presentó el 31 de octubre de 2018, dicho memorial interrumpió la prescripción tres años hacia atrás, es decir, hasta el 31 de octubre de 2015.

En este punto, la Sala debe precisar que por mandato de las Leyes 224 de 1995 y 1071 de 2006, la causación de la sanción moratoria se realiza de forma diaria, razón por la cual ha sido criterio de esta Sala que en la misma forma debe contabilizarse el fenómeno prescriptivo, y no de forma integral como lo realizó la Juez de primera instancia.

En efecto, en la providencia que se impugna el inicio del cómputo de la prescripción se tomó desde el primer día de causación de la sanción moratoria -22 de septiembre-, lo cual desconoce que la misma se consolida día a día, razón por la cual es posible que respecto de todo el tiempo en la cual se estructura la sanción, pueda darse la prescripción de una parte del derecho, tal y como acontece en el presente asunto.

Al haberse radicado la reclamación el 31 de octubre de 2018 se configuró la prescripción de una parte del periodo que corresponde a la sanción moratoria, específicamente del lapso transcurrido entre el 22 de septiembre de 2015 y el 31 de octubre de 2015, pero no ocurre lo mismo respecto del intervalo entre el 1 de noviembre y el 3 de diciembre de 2015.

En consecuencia, la Sala considera que se deberá confirmar parcialmente la decisión de primera instancia en el sentido de declarar la prescripción del derecho a la sanción moratoria para el periodo ya indicado, es decir, entre el 22 de septiembre de 2015 y el 31 de octubre del mismo, razón por la cual se deberá continuar con el trámite del proceso, por el lapso de tiempo sobre el cual no operó la prescripción.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Meta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO. - CONFIRMAR PARCIALMENTE** el auto de primera instancia proferido el 4 de diciembre del 2020 por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO. -MODIFICAR** el numeral primero del auto el cual quedará así:

*“PRIMERO: Declarar probaba la excepción mixta denominada Prescripción extintiva propuesta por la entidad demanda, para el periodo comprendido entre el 22 de septiembre y el 31 de octubre de 2015, conforme a lo indicado en la presente providencia.”*

**TERCERO. -** Una vez ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría envíese el expediente al Juzgado de origen, para que continúe con el trámite del proceso.

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala del treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2021) según consta en acta No. 068 de esa misma fecha.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Firmado Por:**

**Carlos Enrique Ardila Obando**  
Magistrado  
Mixto 002

**Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta**

**Teresa De Jesus Herrera Andrade**  
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional  
Contencioso 001 Administrativa  
Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta

**Nohra Eugenia Galeano Parra**  
Magistrada  
Mixto  
Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**b17974586537c88108ae560dea8c817175dcb26fb050bc71dca788f7626130ce**

Documento generado en 30/09/2021 03:19:13 p. m.

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**