



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTIOCHO ADMINISTRATIVO
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
-SECCIÓN SEGUNDA-**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Expediente No. 11001-33-35-028-2022-00305-00
Accionante: Eliana Shirley Ovalle Chaparro¹
Accionado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduciaria La Previsora S.A y Bogotá D.C. – Secretaría de Educación Distrital²
Controversia: Sanción moratoria por pago tardío en las cesantías

Procede el Despacho a proferir sentencia anticipada, de conformidad con el numeral 1º del artículo 42³ de la Ley 2080 de 2021⁴, por el cual se adiciona el artículo 182A a la Ley 1437 de 2011⁵, dentro del proceso promovido por la demandante **Eliana Shirley Ovalle Chaparro** identificada con cédula de ciudadanía No. 52.184.828, por intermedio de apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en contra de la **Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduciaria La Previsora S.A y Bogotá D.C. – Secretaría de Educación Distrital**.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones⁶

La demandante solicita:

“I. PETICIONES

1. Primero: Declarar la nulidad del ACTO FICTO configurado el día 23 DE MAYO DEL 2022, frente a la petición presentada el día 22 DE FEBRERO DEL 2022, en cuento negó el derecho a pagar la SANCION MORA a mi mandante, establecida en la Ley 244 de 1995 modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006, equivalente a (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de esta

¹ proteccionjuridicadecolombia@gmail.com

² t_lcepeda@fiduprevisora.com.co notjudicial@fiduprevisora.com.co
notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co
pchaustreabogados@gmail.com

³ "Artículo 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial:

a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho;

b) Cuando no haya que practicar pruebas;

c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento; (...)"

⁴ Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011- y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción.

⁵ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁶ Archivo Digital No. 2, folios 1 y 2

2. Segundo: Declarar que mi representado tiene derecho a que LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG); DISTRITO DE BOGOTÁ - SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL DE BOGOTÁ – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A (FIDUPREVISORA); le reconozca y pague la SANCION MORA, establecida en la Ley 244 de 1995 modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006, equivalente a (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de esta.

II. CONDENAS

1. Primero: Condenar a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG); DISTRITO DE BOGOTÁ - SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL DE BOGOTÁ – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A (FIDUPREVISORA); le reconozca y pague la SANCION MORA, establecida en la Ley 244 de 1995 modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006, equivalente a (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de esta.

2. Segundo: que se ordene a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG); DISTRITO DE BOGOTÁ - SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL DE BOGOTÁ – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A (FIDUPREVISORA); dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el termino de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el articulo 192 y siguientes del código del procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

3. Tercero: Condenar a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG); DISTRITO DE BOGOTÁ - SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL DE BOGOTÁ – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A (FIDUPREVISORA); al reconocimiento y pago de los ajustes a que haya lugar con motivo de disminución del poder adquisitivo de la SANCION MORA, referida con el numeral anterior, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin del presente proceso.

4. Cuarto: Condenar a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG); DISTRITO DE BOGOTÁ - SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL DE BOGOTÁ – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A (FIDUPREVISORA); al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectuó en pago de la SANCION MORATORIA reconocida en esta sentencia.

5. Quinto: Condenar en costas a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG); DISTRITO DE BOGOTÁ - SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL DE BOGOTÁ – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A (FIDUPREVISORA); de conformidad con lo estipulado en el articulo 188 del código del procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, el cual rige por lo dispuesto en el articulo 392 del código del procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo por el articulo 19 de la Ley 1395 de 2010.”

2. Hechos⁷

El apoderado de la parte demandante señala que la señora **Eliana Shirley Ovalle Chaparro**, solicitó el 21 de septiembre de 2018, el reconocimiento y pago de las cesantías, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, petición que fue resuelta favorablemente a través de la Resolución No. 11242 del 2 de noviembre de 2018.

Manifiesta que el pago se efectuó hasta el 18 de febrero de 2019, razón por la cual, el 22 de febrero de 2022, solicitó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el pago por concepto de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, petición sobre la que operó el silencio administrativo negativo, configurándose en consecuencia el acto ficto o presunto acusado.

3. Normas violadas y concepto de violación⁸

Señala como normas violadas, los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989, Artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y Artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

En síntesis, mediante los argumentos que desarrollan el concepto de violación, indicó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio siempre ha menoscabado las disposiciones referentes al pago de las cesantías de los docentes afiliados, demorándose en algunos eventos hasta 4 o 5 años, contrario al pago de las cesantías de los demás servidores del Estado, que al momento de solicitar sus cesantías, son canceladas a más tardar dentro de los 30 días siguientes a su solicitud, por tratarse de emolumentos salariales que retiene el patrono, pero que son del empleado, para cuando este quede cesante en su actividad.

Finalmente, en apoyo a sus argumentos cita jurisprudencia del Consejo de Estado que considera aplicable al presente asunto.

4. Contestación de la demanda

4.1. Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio⁹

Mediante escrito radicado el 29 de noviembre de 2022, esta entidad indica que en el presente caso debe señalarse que el término mediante el cual la secretaria de educación tenía para dar contestación a la solicitud de cesantías era hasta el once (11) de octubre de 2018, teniendo en cuenta que la radicación de la solicitud de estas se realizó el día 21 de septiembre de 2018, no obstante, el acto administrativo No 11242 del que accedió al reconocimiento de las cesantías, fue expedido hasta el 2 de noviembre de 2018. El 20 de noviembre de 2018, el acto administrativo quedó en firme, por lo tanto, a partir de este momento se cuenta el término para el ente pagador de cuarenta y cinco (45) días para realizar el pago, es decir hasta el veinticuatro (24) de enero de 2019 y las mismas fueron pagadas el día 18 de febrero de 2019.

⁷ Archivo Digital No. 2, folios 3 y 4

⁸ Archivo Digital No. 2, folios 4 a 7

⁹ Archivo Digital No. 21

Por lo anterior, aduce que el término señalado como sanción moratoria a cargo del fomag y la fiduprevisora es menor al que señala la parte demandante.

Finalmente, aduce que al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo, y así mismo que no es posible hacer confluir los intereses moratorios con la sanción moratoria porque ambos buscan preservar el poder adquisitivo y pretenden proteger al empleado del retardo de la obligación o prestación principal, y en ese sentido no es lógico ni razonable pedir que se indemnicen simultáneamente estos valores, ya que ello supondría que la Administración tenga que realizar dos pagos diferentes que provienen de una misma fuente jurídica.

4.2. Bogotá D.C. - Secretaría de Educación Distrital¹⁰

Mediante escrito radicado el 14 de diciembre de 2022, **Bogotá D.C. - Secretaría de Educación Distrital**, procedió a contestar la demanda manifestando su oposición a la mayoría de los hechos y a las pretensiones de la demanda.

Señala que con fundamento en las normas respectivas, es claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene la obligación de atender el pago de todas las obligaciones relacionadas con las prestaciones sociales de los docentes que se encuentran afiliados a este Fondo, teniendo en cuenta que a partir de la expedición de Ley 91 de 1989 la Nación asumió esta carga por medio de la cuenta especial FOMAG y la Ley 962 de 2005 reafirmó esta competencia al señalar que las prestaciones a cargo del FOMAG debían ser reconocidas por este Fondo y asigna a las entidades territoriales la obligación de elaborar el proyecto de acto administrativo.

En ese orden de ideas, señala que las entidades territoriales dentro del trámite de las solicitudes que promuevan los docentes para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al FOMAG, únicamente tienen a cargo la elaboración del proyecto del acto administrativo correspondiente, el cual debe ser aprobado por el mencionado Fondo en la medida que tiene la obligación de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio.

Por lo anterior, manifiesta que la entidad si bien interviene en la elaboración o proyección del acto administrativo en este caso del reconocimiento de las cesantías ya sea parciales o definitivas, es el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio quien aprueba el mismo y realiza el pago a través la Fiduprevisora, por lo tanto, la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., no está llamada a responder por las pretensiones elevadas en la demanda.

¹⁰ Archivo Digital No. 22

Así mismo, en apoyo a sus argumentos citó jurisprudencia del Consejo de Estado que considera aplicable al presente asunto.

5. Alegatos de conclusión¹¹

Por medio de auto del **16 de marzo de 2023**, se resolvieron las excepciones previas, se fijó el litigio, se decretaron pruebas y se corrió traslado a las partes y al Agente del Ministerio Público Delegado ante este Despacho para que presentaran sus alegatos de conclusión y concepto, respectivamente.

5.1. Parte Accionante¹²

Mediante memorial presentado el 22 de marzo de 2023, el apoderado de la parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

5.2. Parte Demandada¹³

Mediante memorial allegado el 29 de marzo de 2023, la apoderada de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, presentó escrito de alegatos de conclusión, a través del cual reiteró los argumentos señalados en la contestación de la demanda.

5.3. Ministerio Público

El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Conforme a lo indicado en la fijación del litigio, el problema jurídico se contrae a definir si es procedente declarar la nulidad del acto administrativo acusado, y en consecuencia, si la parte demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el retardo en el pago de las cesantías.

2. Marco legal y jurisprudencial

Previo a estudiar la forma de liquidar el auxilio de cesantías, se hace necesario distinguir el régimen jurídico aplicable, teniendo en cuenta que el artículo 1° de la Ley 91 de 1989, distinguió tres categorías de docentes¹⁴, nacional, nacionalizado y territorial.

¹¹ Archivo Digital No. 26

¹² Archivo Digital No. 27

¹³ Archivo Digital No. 28

¹⁴ "Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1° de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1°. de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975".

A su vez, el artículo 2º del Decreto 196 de 1995, señaló que los docentes nacionales y nacionalizados, son aquellos que han venido siendo financiados con recursos de la Nación y que se financian con recursos del situado fiscal, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 60 de 1993. Por su parte, los docentes departamentales, distritales y municipales, son los docentes vinculados por nombramiento de la respectiva entidad territorial con cargo a su propio presupuesto y que pertenecen a su planta de personal y los docentes financiados o cofinanciados por la Nación - Ministerio de Educación Nacional, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas Departamentales o Municipales.

Frente al trámite para el reconocimiento prestacional resulta relevante destacar que de conformidad con los artículos 3º de la Ley 91 de 1989, 56 de la Ley 962 de 2005 y 3º del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, la atención de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las Secretarías de Educación en nombre y representación de la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y La Fiduciaria La Previsora S.A. como entidad encargada de administrar los recursos del Fondo.

En lo que respecta al régimen sancionatorio ante la falta de pago oportuno de las cesantías a los servidores públicos, el artículo 1º el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 del 29 de diciembre de 1995, dispone que dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad a cargo del reconocimiento elaborará el correspondiente acto, siempre que reúna la totalidad de requisitos legales, evento en el cual, tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles, contados a partir de la fecha de la cual, quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación, para cancelarla. En caso de presentarse mora en el pago, la entidad a cargo del reconocimiento estará obligada a reconocer y cancelar de sus propios recursos, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago.

Posteriormente, la Ley 1071 de 2006 ordenó que dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías parciales o definitivas, la entidad a cargo del reconocimiento elaborará el correspondiente acto, siempre que reúna la totalidad de requisitos legales, evento en el cual, tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles, contados a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación, para cancelarla sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro. En caso de presentarse mora en el pago, la entidad a cargo del reconocimiento estará obligada a reconocer y cancelar de sus propios recursos, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago, para lo cual, solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término descrito en precedencia.

Sobre la manera como debe hacerse el cómputo para el pago de la sanción moratoria, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 27 de marzo de 2007, expediente No. 76001-23-31-000-**2000-02513-**

01, Consejero Ponente Dr. **Jesús María Lemos Bustamante**,¹⁵ atendiendo la normatividad descrita en precedencia, señaló que la entidad encargada del reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas, cuenta con 15 días hábiles siguientes a la fecha de presentación de la solicitud de la liquidación, para expedir el respectivo acto administrativo, siempre y cuando el peticionario reúna los requisitos exigidos para tal efecto, así mismo, para efectuar el pago de la prestación en mención, la entidad tiene un plazo máximo 45 días hábiles, contados a partir de fecha en la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías parciales o definitivas del servidor público y, de no realizarse el pago dentro del término estipulado, la entidad a cargo deberá reconocer y pagar una indemnización por mora equivalente a un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las cesantías.

La sentencia de unificación¹⁶ reiteró la anterior tesis, pero precisó que para efectos de contabilización de los términos para el pago efectivo de las cesantías, el Juez debe tener en cuenta las múltiples situaciones que pueden presentarse en el trámite de las mismas, ya que la solicitud de pago supone el pronunciamiento de la administración mediante un acto administrativo, luego presentada la petición conforme se colige de la Ley 244 de 1995 subrogada por la Ley 1071 de 2006 y concordantes ambas con la Ley 1755 de 2015, la entidad pública cuenta con 15 días, para dar una respuesta por escrito y si esto acontece de esa manera, estamos frente a la primera situación, que obliga tomar en consideración los términos de notificación y ejecutoria de la Resolución respectiva para el conteo de los 45 días para el pago y poder determinar si la entidad incurrió en mora.

Entonces, de acuerdo con la posición unificada del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se presentan dos situaciones a saber: i) Que el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes a la petición o ii) Que el acto administrativo respectivo no se profiera dentro de ese plazo o que la entidad encargada de proferirlo guarde silencio.¹⁷

De acuerdo a lo anterior, la sanción prevista en las normas anotadas, se constituye después de transcurridos 65 días o 70 días, según la normatividad procesal aplicable a la petición de pago, contados a partir del día siguiente a la presentación de la solicitud, los cuales comprende: i) 15 días hábiles, para resolver la petición de reconocimiento de cesantías, ii) 5 días de ejecutoria del acto administrativo suscrito por la entidad encargada, si se trata de una petición presentada en vigencia del Decreto 01 de 1984 (Art. 51) o de 10 días, si lo es en

¹⁵ La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 27 de marzo de 2007, expediente No. 760012331000200002513-01, Consejero Ponente Dr. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE, indicó: "Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a la que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria" (Subrayado y resaltado fuera de texto).

¹⁶ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección "B" Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del 18 julio 2018 Rad. No.: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15)

¹⁷ Consejo de Estado, sentencia de Unificación SUJ-012 S2 del 18 de julio de 2018, exp.73001-23-33-000-2014-00580-01.

vigencia de la Ley 1437 de 2011 (Art. 76), en este punto igualmente se tendrá en cuenta que esos días mencionados corren después de la notificación del acto administrativo bajo la hipótesis que se haya proferido en tiempo, pues de lo contrario, no se tendrá en cuenta el término de las diligencias de notificación y iii) 45 días siguientes a la ejecutoria del acto administrativo respectivo para realizar el pago.

Así las cosas, para efectos de resolver el presente asunto es menester tener en cuenta la norma vigente al momento de presentar la petición.

Finalmente, el Decreto 1272 de 2018, por el cual, se estableció el trámite de reconocimiento de las cesantías de los docentes, ajustó las actuaciones de las entidades que en ello intervienen, a lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

2.1. Del cómputo del término de la prescripción extintiva de la sanción moratoria

Inicialmente se dio aplicación a la tesis de prescripción parcial, atendiendo a la parte resolutive expuesta por el Consejo de Estado en la sentencia proferida el 25 de agosto de 2016; sin embargo, en pronunciamiento de unificación del 20 de agosto de 2020, la sección segunda del Consejo de Estado¹⁸ precisó que en la sentencia de 2016, antes mencionada, se incurrió en una imprecisión, así:

*“El problema originado al proferirse la sentencia de unificación CE-SUJ004 de 25 agosto de 2016, consiste en que, en la ratio decidendi se estableció que de conformidad con el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la reclamación administrativa de la sanción moratoria **deberá presentarse dentro del trienio siguiente a la exigibilidad de la obligación; sin embargo, al resolver el caso concreto se tomó la fecha de la solicitud y se computaron tres años hacia atrás, para ordenar a partir de allí el reconocimiento y pago de la penalidad.** (...) De acuerdo con lo anterior, la Sala establece que si bien en la aludida sentencia de unificación CE-SUJ004 de 25 agosto de 2016, se dejaron establecidas las reglas jurisprudenciales de manera clara en la ratio decidendi, al momento de resolver el caso no se adoptó aquella relativa a que la sanción por mora está sometida al fenómeno de prescripción previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, esto es, que la petición del empleado deberá presentarse dentro de los tres años siguientes a la exigibilidad de la obligación. Por el contrario, en el caso concreto, se tomó la fecha de la solicitud y se computaron tres años hacia atrás, determinándose la extinción de la penalidad causada con anterioridad al 28 de octubre de 2007.”*
(Destacado fuera de texto)

Así mismo, en el mencionado pronunciamiento la alta corporación puntualizó que:

“... la sección segunda en pleno unificará la jurisprudencia, por importancia jurídica, con el fin de determinar el momento a partir del cual se contabiliza el término de prescripción para reclamar la sanción moratoria del régimen anualizado de cesantías establecido en la Sentencia de Unificación CE-201643.SUJ004 de 25 agosto de 2016.

¹⁸ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Sentencia de unificación por Importancia jurídica - Sentencia CE-SUJ-SII-022-2020 - Bogotá D. C., 6 de agosto de 2020 - radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 - radicado interno 0833-2016 - Demandante: María Lucely Taborda Cervantes - Demandado: Municipio de Sabanagrande (Atlántico) - Tema: Sanción moratoria en el régimen anualizado.

*79. Este espacio es propicio para aclarar, que la sanción por mora se origina por la falta de pago o de consignación de las cesantías, según el caso. Pero no puede dejarse de lado, que ello se traduce en el incumplimiento de una obligación que tiene unos términos estrictos y perentorios dispuestos por la ley en garantía del trabajador, de manera que la sustracción del deber tiene un momento cierto y determinado, que permite el nacimiento de la penalidad que sin ser un derecho beneficia al empleado.
(...)*

En tal virtud, negarse a considerar la prescripción de la sanción por mora porque no hubo pago efectivo de la cesantía o porque no se produjo su consignación, es desconocer que aquella nace a la vida jurídica ipso jure, en la manera que dispuso el legislador y que fue apreciada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, siendo exigible para su beneficiario; lo cual, no se confunde con la extensión de la penalidad en el tiempo, que si está directamente asociada a que se efectúe la cancelación de la prestación social.”

En este sentido, se advierte que la Sección Segunda del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia indicando que la sanción moratoria no se causa día a día, sino que es una penalidad prevista por el legislador que nace de pleno derecho y que se extiende en el tiempo, razón por la cual solo es susceptible de ser reclamada dentro de los tres años siguientes al momento en que se hace exigible la obligación, es decir cuando inicia a contabilizarse la mora.

3. Caso concreto

A fin de resolver la controversia planteada en el sub judice, a continuación se analizará si con las pruebas documentales aportadas, se encuentra acreditado el derecho de la demandante al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

Se verifica que la docente **Eliana Shirley Ovalle Chaparro**, elevó petición ante la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el **21 de septiembre de 2018**¹⁹ solicitando el reconocimiento y pago de sus cesantías, la cual fue resuelta mediante **Resolución No. 11242 del 2 de noviembre de 2018**²⁰, y según certificación del pago de las cesantías, los dineros por tal concepto fueron puestos a su disposición el **18 de febrero de 2019**²¹.

Así mismo, está demostrado que el **22 de febrero de 2022**, la demandante solicitó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el pago por concepto de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías²², petición ante la cual operó el silencio administrativo negativo, como quiera que no se acreditó que se haya proferido respuesta alguna por parte de la entidad demandada.

Precisado lo anterior, la parte demandada incurrió en mora en el trámite administrativo para el reconocimiento de dicha prestación, toda vez que la petición fue radicada el **21 de septiembre de 2018**, lo que implicaba que el acto administrativo de reconocimiento se profiriera quince (15) días siguientes a la

¹⁹ Archivo Digital No. 22, Folio 55

²⁰ Archivo Digital No. 22, Folios 55 a 57

²¹ Archivo Digital No. 14

²² Archivo Digital No. 13

presentación, esto es, el **12 de octubre de 2018**, cobrando ejecutoria diez (10) días después, es decir, el **29 de octubre de 2018** y la obligación de pago efectivo de ese auxilio venció el **4 de enero de 2019**.

Lo que significa que la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incurrió en mora, porque el acto administrativo fue emitido solo hasta el **2 de noviembre de 2018**, superado el término de los quince (15) días, (por lo que no se tiene en cuenta para el conteo de los 70 días, las diligencias de notificación) y los recursos fueron puestos a disposición de la docente el **18 de febrero de 2019**, lo que pone en evidencia que se encontraba superado ampliamente el límite otorgado por la Ley, para el reconocimiento y pago de las cesantías.

Por tanto, en principio, a la parte demandante le asistiría el derecho al pago de la indemnización moratoria por el período comprendido entre el **5 de enero de 2019**, (día siguiente a la fecha en la que debía efectuarse el pago de la cesantía de la accionante, una vez vencidos los términos legales) y el **17 de febrero de 2019** (día anterior a la puesta a disposición de los dineros por las cesantías a favor de la parte actora), para un total de **43** días de mora.

Dicho lo anterior, se hace necesario efectuar a continuación el estudio del fenómeno prescriptivo.

4. De la prescripción extintiva del derecho

En suma, si bien se encuentra configurado el acto administrativo ficto o presunto de carácter negativo mediante el cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, y está demostrado que en efecto la entidad accionada incurrió en mora durante el lapso señalado en líneas anteriores, lo cierto es que de conformidad con la Sentencia de unificación por Importancia jurídica, proferida por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - del 6 de agosto de 2020, de la cual se hizo mención previamente, en el presente caso operó la prescripción extintiva del derecho reclamado, tal como se verá a continuación.

Como quedó establecido, la mora en el pago de las cesantías se empezó a generar desde el **5 de enero de 2019** (día siguiente al plazo máximo de los 70 días), la respectiva reclamación administrativa se presentó el **22 de febrero de 2022**, la petición no se resolvió; posteriormente, la parte actora radicó la solicitud de conciliación ante la Procuraduría el **31 de mayo de 2022**²³, la constancia de audiencia de conciliación fue expedida el **7 de julio de 2022**²⁴ y la demanda se radicó el **18 de agosto de 2022**²⁵.

Así las cosas, en el presente caso se evidencia, que para el momento en que la parte demandante solicitó ante la entidad demandada el reconocimiento de la sanción moratoria, ya se había configurado la prescripción de tal derecho, dado

²³ Archivo Digital No. 5

²⁴ Archivo Digital No. 4

²⁵ Archivo Digital No. 17

que fue presentada con posterioridad a los 3 años siguientes a la exigibilidad de la obligación que se causa *ipso iure*.

Cabe aclarar que atendiendo que la solicitud de conciliación prejudicial se radicó el 31 de mayo de 2022, esto es, por fuera del lapso antes descrito de los tres años, no hay lugar a tener por suspendida la prescripción en los términos del artículo 21 de la Ley 640 de 2001.

De conformidad con lo expuesto, se declarará de oficio la prescripción extintiva del derecho, y en consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda.

5. De la condena en costas

Finalmente, no se condenará en costas a la parte vencida, como quiera que no aparece prueba de su causación conforme con el numeral 8º del artículo Código General del Proceso.

Bajo las consideraciones que anteceden, el **Juzgado Veintiocho Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

- Primero:** **Declarar** de oficio que operó la prescripción extintiva del derecho en las presentes diligencias, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.
- Segundo:** Negar las pretensiones de la demanda.
- Tercero** Sin condena en costas, como se expuso en precedencia.
- Cuarto:** Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MÓNICA LORENA SÁNCHEZ ROMERO
JUEZ

Firmado Por:

Monica Lorena Sanchez Romero

Juez

Juzgado Administrativo

028

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **c9b84fdc344f7d3fe111286f103212762a5e7c0ffc6afe9ba3e5bf82704615c1**

Documento generado en 18/05/2023 05:17:08 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>