

Señores

JUZGADO 001 UNICO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE LETICIA

jadm01lt@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

Radicación:	91001333300120220005300
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	FABIO HERNANDO VENANCINO VARGAS
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio
Asunto:	RECURSO DE APELACION

MAIRA ALEJANDRA PACHON FORERO, mayor de edad, identificada con cedula de ciudadanía No. **1.070.306.604** de Cagua, titular de la tarjeta profesional No. **296.872** del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderada sustituta de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, conforme consta en el memorial poder de sustitución suscrito por la doctora **CATALINA CELEMIN CARDOSO**, abogada titulada, mayor de edad, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 1.110.453.991., y portadora de la Tarjeta Profesional No. **201.409** del C.S. de la J., en su la calidad de **APODERADA GENERAL** de la mencionada entidad, en los términos señalados por la Escritura Publica No. 129 del 19 de enero de 2023, otorgada por la Notaría treinta y cuatro (27) del Círculo de Bogotá D.C; por medio de la presente y estando en termino de ley, presento RECURSO DE APELACION en los siguientes términos:

I. PETICIÓN

Solicito respetuosamente a su señoría **revocar en su totalidad la sentencia proferida el 15 DE MARZO DE 2023 y por ende absolver a la** entidad que represento frente a las pretensiones solicitadas con el escrito de demanda conforme a los siguientes argumentos, SE EVIDENCIA QUE NO SE TIENE EN CUENTA LA FECHA REAL EN QUE SE DEBE EMPEZAR A CONTAR LA MORA EN EL PAGO DE LAS CESANTIAS, por ende se evidencia que la sentencia proferida por el A QUO, no se encuentra conforme con la normativa y con el pago correspondiente.

SENTENCIA APELADA

PRIMERO: DECLARAR LA EXISTENCIA DEL ACTO FICTO surgido el 27 de diciembre de 2021, derivado del silencio administrativo proveniente de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG, con ocasión de la solicitud presentada por el actor el 27 de septiembre de 2021, en donde solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías parciales.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto ficto surgido el 27 de diciembre de 2021, proveniente de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FOMAG respecto a la negativa de la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales del actor desde el 3 de septiembre de 2019 hasta el 10 de diciembre de 2019, conforme lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: ORDENAR A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, reconocer y pagar a la demandante FABIO HERNANDO VENANCINO VARGAS, identificado con cedula de ciudadanía N°. 6.567.535, la sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora en el pago de sus CESANTÍAS PARCIALES comprendidas entre 3 de septiembre de 2019 hasta el 10 de diciembre de 2019, para un total de 99 días de mora, conforme lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia. El salario base para calcular el monto de la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías será la asignación básica diaria devengada para el momento en que se causó la mora.

II. SANCIÓN MORA

La unificación jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en el año 2017 y 2018, respectivamente, ha sido adversa a la posición inicialmente sostenida por la Nación Ministerio de Educación Nacional, en los casos relacionados con la sanción por mora en el pago de las cesantías que se imponen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG). Al respecto las altas Cortes determinaron que la sanción por mora sí es aplicable al pago de cesantías del FOMAG, a pesar de que no esté previsto en la Ley 91 de 1989 ni en la Ley 962 de 2005.

No obstante, lo anterior la presencia de problemas operativos en las entidades territoriales impide el cumplimiento de los términos para proyectar las respectivas Resoluciones que reconocen las prestaciones sociales de los educadores nacionales afiliados al Fomag.

La Sentencia de unificación SUJ 012/2018 establece que “para la Sección Segunda los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley”.

Y que con la expedición de la Ley 1071 de 2006, que consagró las circunstancias en que los empleados se encontraban facultados para solicitar el retiro parcial de sus cesantías, al

respecto la exposición de motivos de la ley estableció:

«[...] Esta diferencia hace necesario que se unifique el régimen prestacional especialmente en lo que tiene que ver con el retiro de las cesantías parciales, el cual cubriría y beneficiaría a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres Ramas del Poder Público, incluida la Fiscalía General, los Órganos de Control, las Entidades que prestan servicios públicos y de educación. Se busca involucrar a todo el aparato del Estado tanto al nivel nacional como territorial.» (Se destaca).

Por tanto, frente al reconocimiento de la cesantía el consejo de estado establece que “el establecimiento de un término para el reconocimiento de la cesantía y de otro para que se efectúe su pago efectivo, busca proteger al trabajador garantizando el cometido de tal prestación, y que justamente con ella, se pueda solventar la eventualidad para la cual la solicitó -parciales- o por la que se causó –definitivas”

Ahora bien, frente al reconocimiento de la sanción por mora el consejo de estado en la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018, establece que en el caso en que en la administración resuelva la solicitud de cesantías parciales o definitivas de manera tardía o no lo haga, el término para la sanción moratoria empezará a contarse a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo del reconocimiento, esto según el artículo 4 de la ley 1071/2006, 10 días del término de ejecutoria de la decisión según lo establecido en los artículos 76 y 87 de la ley 1437 de 2011 y 45 días hábiles a partir del día en que quedo en firme la resolución, por lo que al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causara la sanción por mora de la que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006

Para el caso en concreto se debe verificar que

PROCESO	91001333300120220005300
SOLICITUD	10 DE JUNIO DE 2019
RECONOCIMIENTO	RESOLUCION 133 DEL 10 DE JUNIO DE 2019
PAGO	11 DE DICIEMBRE DE 2019
DIAS MORATORIOS	81

Se evidencia que en la sentencia que profirió el despacho se indico que la fecha en que se debía cumplir el pago de las cesantías era el 03 de septiembre de 2019, sin embargo, se hace la revisión y conteo de termino, pero se avizora que es el 20 de septiembre de 2019, por ende los días de mora son inferiores a los condenados por este despacho.

III. DE LA INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA SANCIÓN POR MORA Y LA INDEXACIÓN Y/O ACTUALIZACIÓN.

Sobre este tópico, es menester memorar que el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación con radicado No. 73001-23-33-000-2014-00580-01 en lo relativo a la indexación de la sanción por mora, señalo expresamente la incompatibilidad entre la indexación y la sanción por mora y para el efecto es preciso traer a colación lo que el máximo órgano de cierre en lo contencioso administrativo ha dado al fenómeno de indexación:

“Esta figura, nace como una respuesta a un fenómeno económico derivado del proceso de depreciación de la moneda, cuya finalidad última es conservar en el tiempo su poder adquisitivo, de manera que, en aplicación de principios como el de equidad y de justicia, de reciprocidad contractual, el de integridad del pago y el de reparación integral del daño, el acreedor de cualquier obligación de ejecución diferida en el tiempo esté protegido contra sus efectos nocivos.”

En lo atinente a la compatibilidad de la sanción por mora con la indexación, el Consejo de Estado nos dejó las siguientes enseñanzas:

“A partir de lo anterior, es posible sacar las siguientes conclusiones relativas a los fines de la sanción moratoria: i) La sanción moratoria se consagró con el fin de conminar a las entidades encargadas al pago oportuno de la prestación social del auxilio de cesantías, ya

que generalmente como consecuencia de la burocracia, la tramitología era común lademora en el citado pago y, ii) en el momento de recibir el pago efectivo de la prestación social, únicamente se pagaba lo certificado por la entidad pagadora meses o años atrás, cuando el dinero había perdido su poder adquisitivo, por lo cual, la disposición buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar el retardo en el citado pago y sus consecuencias desfavorables para el trabajador.

181. De este modo, la jurisprudencia del Consejo de Estado igualmente ha caracterizado lasanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías como una multa a favor del trabajador y en contra del empleador estatuida con el objeto de reparar los daños causadosal primero por el incumplimiento en el plazo para el pago, en los siguientes términos:

«La indemnización moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, como ya se anunció,

es una multa a cargo del empleador y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la citada Ley.172»

182. Visto lo anterior, es preciso concluir que la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías es una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación, más no mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito.

Más adelante concluye:

En tal sentido, 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.” (Subrayas fuera de texto).

De lo expuesto es dable colegir sin mayor lucubración que lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA en su inciso final, no es aplicable al caso en concreto en vista de que en últimas implica la indexación de la sanción por mora que valga reiterar, son incompatibles entre sí, aunado a que la mentada indexación se encuentra proscrita por vía jurisprudencial y hace mucho más gravosa la situación de la administración, pues pasa por alto que este emolumento no solo cubre la actualización monetaria sino que es superior a dicho valor, razón por la que deberá revocarse el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia objeto de ataque.

IV. CONDENA EN COSTAS

En la jurisdicción Contencioso Administrativa, como lo ha señalado la sección segunda en casos, se debe tener en cuenta la actuación de la parte que apodero, en la medida que siempre actuó de acuerdo con lo señalado por la ley 91 de 1989, reconociendo los factures salariales taxativamente consagrados.

Sobre la actuación del FOMAG y la condena en costas en casos de solicitud de prestaciones económicas de los trabajadores del magisterio, debemos recordar lo señalado por el Consejo de Estado:

11, debe reiterar la Sala lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda

12 de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

En el caso, la Sala observa que el a quo no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada.

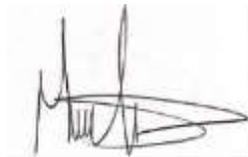
Es así como del pronunciamiento del Consejo de Estado, se demuestra que la condena en costas no es objetiva, sino que debe entonces el Juez tener en cuenta la buena fe de la entidad respecto a sus actuaciones procesales.

V. DIRECCIÓN NOTIFICACIONES

A la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. identificada con Nit. No. 860.525.148-5 en su calidad de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a la calle 72 No. 10 – 03 y al correo electrónico procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co, notjudicial@fiduprevisora.com.co

Al suscrito en la calle 72 No. 10 – 03

Sin otro particular me suscribo.



MAIRA ALEJANDRA PACHON FORERO

C.C. 1.070.306.604 de Cúcuta

T.P 296.872 del C.S.J.

Unidad Especial de Defensa Judicial FOMAG Vicepresidencia Jurídica

Calle 72 No. 10-03 Bogotá, Colombia

Elaboró: t_mapachon