

SEÑOR
JUEZ UNICO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE LETICIA AMAZONAS
E. S. D.

PROCESO: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ARLEY ERMES PABLO NOQUEMA CARVAJAL
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FOMAG
RADICADO: 91001333300120220005100

ASUNTO: RECURSO DE APELACION EN CONTRA DE LA SENTENCIA DEL 15 DE MARZO DE 2023.

MAGDA SOHAD VARGAS GAMBOA, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 1101754270 de Vélez Santander, y portadora de la Tarjeta Profesional No. 219736 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderada del Ministerio de Educación Nacional, -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en concordancia con el poder de sustitución conferido por la Doctora; **CATALINA CELEMIN CARDOSO**, conforme a las atribuciones otorgadas por medio de escritura pública Escritura Pública **No. 129 de 19 de enero de 2023**, protocolizada en la notaría 27 del círculo de Bogotá, en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, en ejercicio de las facultades a él conferidas a través de la **Resolución No. 018907 del 26 de septiembre del 2022**, expedida por el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, según lo dispuesto en el Artículo 9 de la Ley 489 de 1998 y demás normas concordantes, por medio de la presente me permito interponer **RECURSO DE APELACION** contra la Sentencia de Primera Instancia proferida por su despacho el 15 de Marzo de 2023 en contra la Nación Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la cual me permito sustentar de la siguiente manera :

I. ARGUMENTOS PARA REVOCAR LA SENTENCIA DEL A-QUO

En sentencia de primera instancia, el Honorable Juzgado Único Administrativo del Circuito Judicial de Leticia Amazonas, declaró la existencia y nulidad del acto ficto surgido el 14 de diciembre de 2021 y en consecuencia ordenó a mi representada, entre otras cosas, lo siguiente:

(...) “PRIMERO: DECLARAR LA EXISTENCIA DEL ACTO FICTO surgido el 14 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 14 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 presunto negativo surgido el 14 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 22 de enero de 2020 hasta el 05 de febrero de 2020, 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 al demandante ARLEY ERMES PABLO NOQUEMA CARVAJAL, identificado con cedula de ciudadanía N°. 6.566.325, la sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora en el pago de sus CESANTÍAS PARCIALES comprendidas entre 22 de enero de 2020 hasta el 05 de febrero de 2020, para un total de 15 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 diaria²⁸ devengada para el momento en que se causó la mora. (...)"

I. PETICIÓN

De conformidad a la sustentación jurídica expuesta en el siguiente acápite, solicito muy respetuosamente se REVOQUE la sentencia proferida el 15 de Marzo de 2023, por el **JUZGADO UNICO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE LETICIA AMAZONAS**, por medio de la cual decidió DECLARAR la existencia y nulidad del acto ficto surgido el 14 de diciembre de 2021, que resolvió negativamente la solicitud de reconocimiento de la sanción por el no pago de las cesantías parciales solicitadas por el señor **ARLEY ERMES PABLO NOQUEMA**; y, en consecuencia, se liquide el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías respecto de 15 días de mora con cargo a la entidad que generó la mora por la tardanza en el trámite a su cargo que para el presente proceso no recae sobre mi representada como se sustentará acto seguido y en consecuencia se absuelva al **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** de todas y cada una de las condenas que profirió el A-QUO.

Lo anterior, de conformidad con los siguientes:

II. ARGUMENTOS PARA REVOCAR LA SENTENCIA

I. FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

La ley 91 de 1989 mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio señaló en el artículo 15 de esa normatividad que el pago de cesantías estaría a cargo de la entidad de la siguiente manera:

"(...) Cesantías:

Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional (...)"

De conformidad con lo anterior, todos los miembros del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio tienen derecho a que se les cancele un mes de salario por cada año laborado a título de auxilio de cesantías, prestación que deberá ser liquidada de manera anualizada, sin retroactividad con base en el último salario devengado siempre el docente se haya vinculado con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989.

Dicha norma, si bien es cierto es clara respecto a señalar que los docentes tienen derecho a un auxilio de cesantías anualizado, no señaló cual es el término que tiene el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para reconocer dicha prestación ni contempla algún tipo de sanción en caso de que estas no se reconozcan lo que generó controversia en cuanto a cuál era el procedimiento a seguir.

Pues bien, existiendo ese vacío normativo los operadores judiciales optaron por señalar que a los docentes les es aplicable el procedimiento aplicable a los servidores públicos que se encuentra contemplado en la ley 244 de 1995 modificada por la ley 1071 de 2006, norma que señaló que esas prestaciones deberán reconocerse acatando las siguientes reglas:

*"(...) **ARTÍCULO 1o.** <Artículo subrogado por el artículo 4o. de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> 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.
(...)"*

ARTÍCULO 2o. <Artículo subrogado por el artículo 5o. de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> *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 (...)*”

Entonces, conforme con la normatividad transcrita se tiene que al momento de radicar la petición, la entidad que recibe la solicitud tiene un plazo de quince (15) días para reconocer las cesantías parciales y definitivas, y la entidad pagadora a partir de la firmeza del acto, esto es cinco (5) días de ejecutoria si la petición se realizó en vigencia de la ley del decreto 01 de 1984 o diez (10) si la misma se realizó en vigencia de la ley 1437 de 2011, la entidad pagadora contará con término de cuarenta y cinco (45) días hábiles para poner a disposición los recursos.

De conformidad con lo anterior, a partir del momento de la radicación de la solicitud de las cesantías parciales o definitivas por parte del servidor público, la administración cuenta con un total de sesenta y cinco (65) días para poner a disposición los recursos si la solicitud se realizó antes del 2 de julio de 2012 o setenta (70) días si la misma se realizó con posterioridad a esa fecha, so pena de incurrir en la sanción establecida en el parágrafo del artículo 2 de la ley 1071 de 2006 que señaló:

“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.”

En tal sentido, los servidores públicos cuentan con el derecho a recibir un día de salario por cada día de retardo a título de sanción mora, si el pago de esos recursos se realizó por fuera de los sesenta y cinco (65) o setenta (70) días y deberá ser liquidado hasta el día inmediatamente anterior a la fecha en la que se efectuó su pago.

Si bien es cierto esta figura normativa existía para los servidores públicos, no existía norma explícita que señalara que la sanción moratoria es un derecho del que gozan los docentes del Fondo nacional de Prestaciones Sociales del magisterio por cuanto los mismos no tenían calidad de servidores públicos sino de trabajadores oficiales para que se les aplicara esa norma, pese a que ya los operadores judiciales hubiesen decidido aplicarlo.

Es así como el H. Consejo de Estado mediante sentencia de unificación 580 del 18 de julio de 2018, Consejera Ponente Sandra Lisseth Ibarra, concluyó que a los docentes afiliados a dicho fondo si le

son aplicables las disposiciones contenidas en la ley 244 de 1995 modificada por la ley 1071 de 2006 fijando la siguiente subregla:

“(…) PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías.

SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

ii) Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuando corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley²³⁶ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

iii) Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

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 impropio 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. (…)”

MODIFICACIÓN INTRODUCIDA POR LA LEY 1955 ART. 57

A continuación, se trae a colación la disposición consagrada en el artículo 57 del Plan Nacional de Desarrollo:

“ARTÍCULO 57°. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales – FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. *La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de*

Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente párrafo.*

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención.”

REGLAMENTACION DECRETO 942 DE 2022

A su vez el Decreto 942 del 01 de junio de 2022, Por el cual se modifican algunos artículos de la Sección 3, Capítulo 2, Título 4, Parte 4, Libro 2 del Decreto 1075 de 2015, los cuales me permito traer a colación su artículo 2.4.4.2.3.2.28, que reglamento que la sanción moratoria debería ser pagada con cargo a los recursos de la entidad que genero la mora mas no con cargo a los recursos del FOMAG, en ese orden de ideas me permito transcribir dicho artículo a continuación:

“(…) Artículo 2.4.4.2.3.2.28. Sanción moratoria. La Entidad Territorial Certificada en Educación y la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán las responsables del pago de la sanción por mora en el pago tardío de las cesantías, en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los términos previstos para cada una de ellas en los artículos 2.4.4.2.3.2.22 y 2.4.4.2.3.2.27 del presente decreto, así como de los términos aplicables para la notificación y la resolución de recursos de acuerdo con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o la norma que lo modifique, adicione o sustituya.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. La sanción moratoria no afectará los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, en caso de presentarse, su pago será responsabilidad de la entidad que la genere.

Parágrafo. La entidad territorial será responsable de pagar la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo de la prestación se generó como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o

entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En caso de que se presenten demoras en el pago de las cesantías imputables a la sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que ocasionen sanción moratoria, deberá ser cubierta con el patrimonio de la sociedad fiduciaria.

En el evento en que la sanción por mora resulte imputable a las dos entidades antes enunciadas, ésta deberá calcularse y pagarse de forma proporcional según los días de retraso en el reconocimiento o el pago que corresponda para cada entidad.(...)”

En este sentido, se evidencia que no es posible para el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** utilizar sus propios recursos para pagar condena alguna derivada del pago tardío de las cesantías, puesto que la norma prohíbe claramente la utilización de estos para el pago de indemnizaciones económicas.

La sanción mora sobre la cual se busca su pago y reconocimiento corresponde a la vigencia 2021, escapando su posibilidad de reconocimiento a través de los títulos de tesorería administrados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Es entonces indiscutible que a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le son aplicables los presupuestos normativos enmarcados en la ley 244 de 1995 modificado por la ley 1071 de 2006, en el sentido que sus cesantías deben ceñirse a lo dispuesto en esa normatividad y en caso que no se respeten los disposición allí señaladas, el FOMAG deberá pagar una sanción moratoria por cada día de retardo en que incurra hasta la fecha en que ponga a disposición los recursos.

Lo anterior, hasta el 31 de diciembre de 2019, toda vez que se introdujo la ley 1955 de 2019 del Plan Nacional de desarrollo, así como el decreto 942 del 1 del 01 de junio de 2022, decreto reglamentario sobre el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en este sentido, se evidencia que no es posible para el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO utilizar sus propios recursos para pagar condena alguna derivada del pago tardío de las cesantías, puesto que la norma prohíbe claramente la utilización de estos para el pago de indemnizaciones económicas.

CASO EN CONCRETO

Así las cosas, como bien lo señala el A-QUO y que no tiene objeción alguna de los hechos sentados para el caso que nos ocupa, son los siguientes,

- La parte actora solicitó el pago de las cesantías el **24 de Octubre de 2019**
- Fecha de pago de la cesantía el **6 de febrero de 2020**

Ahora bien, de conformidad con los antecedentes administrativos se tiene que la solicitud de cesantía, dicha petición fue resuelta con la expedición de la Resolución No. 0281 del 25 de Octubre de 2019, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de cesantía parcial, es así como se puede evidenciar lo siguiente:

Fecha de Solicitud de Cesantías: 24 de Octubre de 2019

Fecha de expedición del Acto administrativo: 25 de Octubre de 2019

Fecha inicio de la mora: 22 de enero de 2020

Fecha en que la Fiduprevisora S.A recibió el acto administrativo: 6 de noviembre de 2019

Fecha de pago de la Fiduprevisora: 06 de Febrero de 2020

En ese orden de ideas y de acuerdo a lo anterior y a los antecedentes administrativos obrantes dentro del presente proceso, se puede concluir que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria debe ser reconocida y pagada con los recursos propios de la entidad que ocasiono la mora por la tardanza en el trámite a su cargo, y no mi Representada, conforme a las pruebas obrantes en el proceso, se puede evidenciar que la posible mora que se constituyó no fue responsabilidad del FOMAG; además que conforme se enuncio en los apartados precedentes, el pago y reconocimiento no puede endilgarse a que sean reconocidos con recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por expresa prohibición legal, de acuerdo a lo establecido en el inciso 4 del artículo 57 de la ley 1955 de 2019 de la siguiente manera:

“Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

Por lo anterior, su señoría estaríamos frente a un detrimento patrimonial, por cuanto la Nación- Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no es la entidad llamada a reconocer el pago de la sanción moratoria respecto del incumplimiento del pago de la cesantía solicitada a través de la Resolución N. 0281 del 25 de octubre de 2019.

NOTIFICACIONES.

La entidad demandada recibirá notificaciones en la Fiduciaria la Previsora S.A., ubicada en la Calle 72 No. 10-03 Bogotá, y al correo electrónico: notjudicial@fiduprevisora.com.co



Del señor(a) Juez,

Atentamente,

MAGDA SOHAD VARGAS GAMBOA

CC. No. 1101754270

T.P. No. 219736 del C.S.J.

Unidad Especial De Defensa Judicial FOMAG

Vicepresidencia Jurídica

procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co

