

Señor.

JUZGADO 001 ADMINISTRATIVO ORAL DE AMAZONAS.

jadm01t@endoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

RADICADO No.	91001333300120210011300
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
DEMANDANTE:	DAVID MARTINEZ PEREIRA C.C.15889944
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTROS
ASUNTO:	RECURSO DE APELACION

MAIRA ALEJANDRA PACHON FORERO abogado en ejercicio, mayor de edad, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 1.070306604 y portadora de la tarjeta profesional No. 296.872 actuando en calidad de apoderada sustituta del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, conforme consta en el memorial poder de sustitución suscrito (Únicamente para la presente actuación) por el doctor **CATALINA CELEMIN CARDOSO**, identificado civil con cedula de ciudadanía No.1.110.453.991, abogada en ejercicio portadora de la tarjeta profesional No. 201.409 del C.S. de la J., actuando en calidad de apoderada de **LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL N.I.T. 899.999.001-7**, conforme al Poder General otorgado por el Doctor **ALEJANDRO BOTERO VALENCIA**, mediante Escritura Pública **No. 129 del 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 de 2022**, expedida por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, acudo a su despacho con el fin de sustentar **RECURSO DE APELACION** contra la sentencia de primera instancia dictada por el despacho conforme a las siguientes consideraciones:

SUSTENTACION RECURSO:

El 09 DE MARZO de 2023 el Juzgado 01 Administrativo oral del circuito de AMAZONAS, en donde se indica

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR LA EXISTENCIA DEL ACTO FICTO PRESUNTO NEGATIVO surgido el 3 de mayo 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

3 de febrero 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 3 de mayo 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 27 de octubre de 2020 hasta el 27 de noviembre 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 a la demandante DAVID MARTINEZ PEREIRA, identificado con cedula de ciudadanía N°. 15.889.944, la sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora en el pago de sus CESANTÍAS PARCIALES comprendidas entre 27 de octubre de 2020 hasta el 27 de noviembre de 2020, para un total de 31 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 28 devengada para el momento en que se causó la mora.

Es por ende que, al no estar de acuerdo con la decisión tomada por el juzgado de primera instancia, se debe interponer recurso bajo los siguientes fundamentos:

En primera medida es necesario establecer que el régimen prestacional invocado por la demandante para liquidar su pensión de jubilación, teniendo en cuenta la fecha y tipo de vinculación es el establecido en la ley 33 de 1985. Es decir:

CASO CONCRETO

Se debe aclarar a este despacho que todas las sanciones mora que se causen a partir del 01 de enero de 2020 tienen que ser asumidas por la entidad territorial a la cual se encuentre abscrito cada docente, es por ende que se solicita el estudio del caso como quiera que el Juzgado condene a la entidad en un tiempo superior al que incurrió la entidad y al cual debe responder y pagar la entidad.

Así las cosas, es de suma relevancia traer a colación lo dispuesto en la Ley 1955 de 2019 en su artículo 57 parágrafo el cual menciona:

“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.”

Es decir que, dentro de la puntualización jurídica plasmada con antelación, se refleja la responsabilidad y obligación de pago de sanción mora al ente territorial que de manera extemporánea expide la Resolución que otorga la cesantía.

Así las cosas, la entidad Fiduciaria deberá proceder con los pagos de prestaciones, luego de contar con el acto administrativo emitido por la respectiva secretaria, previo el trámite legal para su concesión que compromete el reporte de todos los entes comprometidos dentro del salario del docente conforme a derecho y a la mayor brevedad posible según la disponibilidad de los recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sin embargo, si el ente territorial se demora en su expedición indudablemente acarrea demora en el pago.

Al respecto, debemos precisar que el Decreto 2831 de 20058, consagró el procedimiento exclusivo para el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin realizar discriminación alguna respecto del tipo de prestación que se tramite por dicho procedimiento, quedando entonces las cesantías sujetas a aquel y excluidas por disposición expresa las primas contenidas en el parágrafo 2 de numeral 4 del artículo 15 de la misma ley.

En tal sentido, se encuentra que existe una diferencia entre los trámites contenidos en el Decreto 2831 de 2005 y la Ley 1071 de 2006, sin embargo, en este tipo de asuntos se debe dar aplicación prevalente y preferencial al Decreto 2831 de 2005 por tratarse de una norma de carácter especial y de un procedimiento exclusivo.

Conforme a lo señalado, el pago se realiza cuando exista la disponibilidad presupuestal estricto orden cronológico de aprobación y recepción de las resoluciones de acuerdo con la disponibilidad presupuestal con la que cuente de los recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito, y esta sujeción, es la que precisamente influye en el pago tardío que aduce la demandante, así como también en la falta de cumplimiento del ente territorial en las fechas estipuladas.

Se advierte igualmente, en estricto sensu que el principio de sostenibilidad financiera el cual es prioridad indispensable en un estado social de Derecho, teniendo en cuenta que es el eje fundamental para lograr un adecuado financiamiento del sistema del estado en genera. La corte en múltiples oportunidad ha establecido que este principio tiene como característica principal “que permite lograr la cobertura universal”9, por ello y aterrizado al caso sub – examine si se llegará a configurar a mora solicitada así como también condena en costas y/o indexación se afectaría de manera directa las garantías del estado social de derecho con el cumplimiento de deberes a sus ciudadanos, tales como inversión de esos recursos en propiedades conexas con la vida e integridad de la comunidad en general.

8 por el cual se reglamentan el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6 del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones.

9 Referencia: Expediente T-6.822.997. Acción de tutela presentada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- contra el

Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Sincelejo (hoy Juzgado Primero de Familia de Sincelejo). Magistrado ponente: CARLOS BERNAL PULIDO. Fecha: Veinticinco (25) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

En tal sentido, cabe mencionar que conforme con el Acto Legislativo 03 de 2011 el Estado fortalece la normatividad referente al principio del equilibrio financiero consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, debido a que obliga a todos los órganos y ramas del poder público a orientar sus actividades dentro de un marco de sostenibilidad fiscal.

A su vez, el Acto Legislativo 01 de 2005, afirmó que los principios de sostenibilidad financiera, y sostenibilidad fiscal tenían un rango constitucional, lo cual implicó que cada ley que se expida con posterioridad a éste deberá regirse por un marco de sostenibilidad de las disposiciones que allí se establezcan. Es decir, determino que las decisiones que se tomaran en vigencia de dichos actos legislativos debían fundarse en la protección de estos principios de carácter constitucional a fin de no contrariar a la carta magna, ello teniendo como horizonte los fines sociales del Estado.

Ahora bien, respecto a la pretensión dirigida a la indexación de las condenas, se pone de presente al despacho que el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación con radicado No. 73001-23-33-000-2014-00580-0110 en lo relativo a la indexación de la sanción por mora, señaló 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 la demora 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.

De este modo, la jurisprudencia del Consejo de Estado igualmente ha caracterizado la sanción 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 causados al 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» 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.” (...) (Subrayado fuera de texto original).

Siguiendo con la discusión, el artículo 18711 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo asevera que las condenas al pago o devolución de una cantidad

11 (...) ARTÍCULO 187. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen. En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus. Para restablecer el derecho particular,

líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor lo cual no debe ser aplicable al caso en concreto en vista que eso implicaría 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.

Así como también, la misma Ley plasmó:

“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, facúltese 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 parágrafo.

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

Por tanto, solicito que en el evento que llegase a imponerse condena sobre sanción por mora en la entidad que represento en sede judicial, esta sea con cargo a los Títulos de Tesorería emitidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y no con cargo a los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de acuerdo a lo plasmado

en el párrafo transitorio del mencionado Plan Nacional de Desarrollo, ya que la mora eventualmente se causó antes del mes de diciembre del año 2019.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO emitió el Decreto 2020 del 06 de noviembre de 2019, en el que se aprueba la emisión de dichos títulos.

Por estas razones, deben denegarse las pretensiones de la demanda y absolver a la entidad que represento de las pretensiones incoadas en la demanda.

PETICIÓN

Por los anteriores argumentos expuestos, le solicito de manera respetuosa revocar la sentencia en su totalidad proferida por el a quo, como quiera que no se encuentra conforme a derecho y de acuerdo a los parámetros legales.

NOTIFICACIONES

La entidad demandada recibe 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, t_mapachon@fiduprevisora.com

Del señor Juez,



MAIRA ALEJANDRA PACHON FORERO

C.C. No. 1.070306.604 de Cogua.

T.P. No. 296.872del C. S. de la J.

Elaboro: t_mapachon

Reviso: t_dgutierrez

“Defensoría del Consumidor Financiero: Dr. JOSÉ FEDERICO USTÁRIZ GÓNZALEZ. Carrera 11 A No 96-51 - Oficina 203, Edificio Oficity en la ciudad de Bogotá D.C. PBX 6108161 / 6108164, Fax: Ext. 500. E-mail: defensoriafiduprevisora@ustarizabogados.com de 8:00 am - 6:00 pm, lunes a viernes en jornada continua”.

Las funciones del Defensor del Consumidor son: Dar trámite a las quejas contra las entidades vigiladas en forma objetiva y gratuita. Ser vocero de los consumidores financieros ante la institución. Usted puede formular sus quejas contra la entidad con destino al Defensor del Consumidor en cualquiera agencia, sucursal, oficina de corresponsalía u oficina de atención al público de la entidad, asimismo tiene la posibilidad de dirigirse al Defensor con el ánimo de que éste formule recomendaciones y propuestas en aquellos aspectos que puedan favorecer las buenas relaciones entre la Fiduciaria y sus Consumidores. Para la presentación de quejas ante el Defensor del Consumidor no se exige ninguna formalidad, se sugiere que la misma contenga como mínimo los siguientes datos del reclamante: 1. Nombres y apellidos completos 2. Identificación 3. Domicilio (dirección y ciudad) 4. Descripción de los hechos y/o derechos que considere que le han sido vulnerados. De igual forma puede hacer uso del App "Defensoría del Consumidor Financiero" disponible para su descarga desde cualquier smartphone, por Play Store o por App Store.