

RV: RECURSO DE APELACION

Correspondencia Sede Judicial CAN - Bogotá - Bogotá D.C.
<correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 20/10/2020 12:27 PM

Para: Juzgado 22 Administrativo Seccion Segunda - Bogota - Bogota D.C. <admin22bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

📎 1 archivos adjuntos (603 KB)
RECURSO DE APELACION PRESCRIPCION PARCIAL- 2019-483.pdf;

Cordial saludo,

De manera atenta informamos que ha sido radicado el presente correo como memorial para el proceso relacionado en el mismo, dentro del registro en el aplicativo siglo XXI podrá confirmar los datos del mensaje como Asunto, fecha y hora de recibo.

Atentamente,

Grupo de Correspondencia
Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos
Sede Judicial CAN

LMBV

De: Notificaciones Bogota <notificacionesbogota@giraldoabogados.com.co>
Enviado: martes, 20 de octubre de 2020 10:03 a. m.
Para: Correspondencia Sede Judicial CAN - Bogotá - Bogotá D.C. <correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: RECURSO DE APELACION

PROCESO: 11001333502220190048300
PARTES
DEMANDANTE: SANDRA PATRICIA ZAMORA AVILA
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
JUZGADO 22 ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN

Señor

JUEZ 22 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

E.

S.

D.

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: RECURSO DE APELACION
Demandante: SANDRA PATRICIA ZAMORA AVILA
Demandado: MINISTERIO EDUCACION NACIONAL DE- FONPREMAG
Proceso No: 11001333502220190048300

JULIÁN ANDRÉS GIRALDO MONTOYA, apoderado de la parte demandante en el proceso de la referencia, me permito presentar **RECURSO DE APELACIÓN**, contra auto que resuelve las excepciones, concretamente, frente a la tesis que sostiene el Despacho en cuanto al reconocimiento de la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006, según la cual, la fecha en la que se vencieron los 70 días con los que cuenta la administración para el pago de las cesantías Parciales en este caso, se comienza a contar el termino para que opere el fenómeno de la prescripción auto notificado el 15 de Octubre del presente año.

LA DEMANDA:

Con fundamento en los hechos de la demanda se formularon las siguientes pretensiones:

1. Declarar la nulidad del acto ficto o presunto originado en la petición presentada el día **23 de noviembre del 2018**, en cuanto negó el reconocimiento y pago de la **SANCION POR MORA** a mi mandante establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (70) 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.
2. 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 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (70) 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.

A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

1. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**-, a que se le reconozca y pague la SANCION POR MORA establecida en la Ley 1071 de 2006 a mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (70) 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.

2. Condenar a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCION MORATORIA referida en 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 al presente proceso.
3. Condenar a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-** al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la SANCIÓN MORATORIA reconocida en esta sentencia.

ARGUMENTACION FÁCTICA Y JURÍDICA

Acorde con los documentos arrimados al proceso con la demanda, está plenamente demostrado:

- a) La calidad de docente de la persona demandante.
- b) La fecha en que se formuló la petición de reconocimiento de la cesantía **PARCIAL** esto es el **23 de junio del 2015**.
- c) El acto mediante el cual se reconoció a la actora la cesantía **PARCIAL** está materializado en la **Resolución No. 5301 del 24 de septiembre de 2015**, expedida por la Secretaria de Educación del Bogotá, actuando en nombre y representación de La Nación-Fondo Nacional del Prestaciones Sociales del Magisterio.
- d) La fecha en que le canceló la prestación reconocida, **1 de diciembre del 2015**, según el certificado expedido por la Fiduciaria La Previsora S.A.
- e) La mora en el pago efectivo de la prestación reconocida equivalente a **52 días**.

Es de advertir que la Jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo ha sido reiterada en aplicar la prescripción trienal cuando se trata de sanción moratoria por el no pago de las cesantías. La Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en providencia del 03 de diciembre de 2009. Respecto de la aplicación de la prescripción trienal frente al auxilio a la cesantía considero que si bien es cierto los Decreto 3135 de 1968 y 1848 de 1969 no hacen alusión específica de la Prescripción Trienal en dicha materia es de recibo aplicar el trienio prescriptivo que se enuncia en el artículo 151 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social por aplicación analógica.

Ahora en el artículo 21 de la ley 640 de 2001 establece que ante la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial se suspenden los términos de prescripción o de caducidad así:

“ La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.

A su vez el artículo 3 del Decreto 1716 de 2009 señala:

La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta:

- a) Que se logre el acuerdo conciliatorio o;*
- b) Se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2° de la Ley 640 de 2001, o*
- c) Se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud; lo que ocurra primero.*

De lo anterior se colige que el termino de prescripción se suspende con la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante el ministerio publico y hasta que se expida la constancia sin que el termino exceda los tres meses contados a partir de la presentación de la solicitud.

Aunando lo anterior, el Honorable Consejo de Estado en sentencia de unificación CE-SUJ2-004-16 frente a la prescripción de los salarios moratorios dispuso:

“1) Prescripción de los Salarios Moratorios... los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que cumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación “cesantías”.

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

Siendo así y como quiere que las subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, si es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

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.

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el termino prescriptivo consagrado en los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refieren a los derechos de que tratan las referías normas, entre los cuales no se configura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacia parte del ordenamiento legal, que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990 (se resalta)... ”

Posición que fue reiterada por el Honorable Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsunción “A”, sentencia del 09 de octubre de 2017, del Consejero Ponente William Hernández Gómez, expediente número 73001233300020140071601(4488-15).

Descendiendo al caso en concreto, tenemos que la señora **DENISE WANDA DIAZ CAMELO** inicio la actuación administrativa mediante petición del 28 de junio de 2016, en la que se solicitó el reconocimiento de las cesantías Parciales, de allí que la sanción por mora debe contarse vencidos los 70 días, y en consecuencia, por aplicación de la ley 1071 de 2006, la entidad demandada contaba hasta el 06 de octubre de 2015 para realizar el pago de las cesantías, y este se hizo hasta el día 1 de diciembre de 2015, según comprobante expedido por la Fiduciaria la Previsora, lo que significa que tanto el reconocimiento de las cesantías, como su pago fueron extemporáneos.

Ante estas circunstancias, es claro que se causó la sanción moratoria contenida en el artículo 5º de la ley 1071 de 2006, del 6 de octubre de 2015 al 1 de diciembre de 2015, de allí que por cada día de retardo, la demandada deberá pagar un día de salario por cada día de retardo, que en este caso son equivalentes a **52** días.

En asuntos de esta naturaleza, el Consejo de Estado ha venido sosteniendo “ que la sanción moratoria se hace exigible desde que el empleador se constituye en mora y es sucesiva hasta el día anterior a la fecha en que se produzca el pago adeudado por concepto de cesantías”, al respecto esta parte considera que para efectos de la prescripción debe contarse desde el día siguiente a cuando cesó su causación y no desde que el empleador se constituye en mora, ya que se puede incurrir en tener como exigible un derecho accesorio pese a que el principal lo causa, como son las cesantías, aun no reconocido, precisamente porque la administración desborda los términos que trata la Ley 1071 de 2006 para decidir oportunamente las solicitudes de reconocimiento de las cesantías, como se puede observar en este caso la entidad tardó más de 6 meses en realizar el pago y reconocimiento de estas.

Son claras estas normas señaladas al disponer que los tres años deben ser contados a partir de la exigibilidad del derecho, como en el presente caso la sanción por mora es de un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías, se hace exigible solamente hasta cuando se efectúa el pago de las mismas, habida cuenta que el derecho a la indemnización continua surtiéndose con cada día de retraso, por lo tanto, el término prescriptivo corre a partir del pago de la prestación social, lo anterior con fundamento en que la causación de la sanción se prolonga hasta que se haga efectivo el pago de la cesantía parcial o definitiva, es decir, por cada día de mora hay lugar al pago de un día de salario, por lo tanto, mal podría señalarse que la prescripción debe ser calculada desde el día efectivo en que debió realizarse el pago, toda vez que cada día de retraso en el pago de la cesantía se causa de nuevo un día de pago de salario, siendo imposible que se inicie el término de la prescripción hasta tanto no se realice el pago, pues hasta esa fecha sigue persistiendo la mora.

En lo que respecta a las costas El H. Consejo de Estado ha asumido una posición reiterada en lo que respecta a la condena en costas y fijación de agencias en derecho, al considerar que estas no nacen “automáticamente” contra la parte vencida dentro del proceso, ya que el juez tiene la potestad de determinar la procedencia o no de la condena en costas y las respectivas agencias en derecho. En este sentido, para que el juez realice una condena en costas debe analizar que se ha obrado de forma contraria al derecho, con temeridad o de mala fe y sólo en caso de hallar demostradas estas circunstancias, podría disponer la condena en costas.

Para el caso sub-examine, tanto la actuación ante la administración como la posterior demanda, estuvieron fundadas en la confianza legítima que se encontraba dominante en el momento de presentación de la demanda.

El ejercicio de la acción, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no se encuentra afectado por vicios como temeridad o mala fe, sólo se procuró el reconocimiento de un derecho laboral al que se estimó la parte demandante podía acceder conforme a la interpretación normativa consignada en la demanda y la directrices fijadas por las jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado y otras autoridades jurisdiccionales al momento de la radicación de la misma. Adicionalmente, en este Distrito Judicial existían posiciones encontradas frente al reconocimiento o no de tal factor salarial, por consiguiente, era factible debatir dicho derecho en los estrados judiciales como se hizo en el caso en cuestión.

En el presente proceso, no aparecen probados gastos judiciales sufragados por la entidad demandada por tratarse este de un asunto de puro derecho y tampoco aparece probada la temeridad o la mala fe; al respecto en caso similar frente a la condena en costas el Consejo de Estado en providencia del 16 de abril de 2015 estableció:

“Al respecto no puede perderse de vista que de conformidad con lo consagrado en el numeral 8° del artículo 365 del Código General del Proceso, ‘Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación’, condición que como ya se dio no se cumple en este caso.”

Posición reiterativa de este órgano de cierre que en otra providencia del 19 de enero de 2015 expreso:

“El problema jurídico planteado se contrae a establecer si, dadas las resultados del proceso con decisión favorable al actor, procede de manera automática y de manera objetiva, la condena en costas a cargo de la parte vencida, por mandato del artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Reza el mencionado artículo que: “Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

La norma en cita contiene un verbo encaminado a regular la actuación del funcionario judicial, cuando profiera sentencia que decida el mérito de las pretensiones en una causa sometida a su conocimiento. Es este dispondrá, que, acorde con el diccionario de la real academia de la lengua española es sinónimo de “decidir”, “determinar”, “mandar”, “proveer”, por lo que, sin mayor esfuerzo puede colegirse que lo prescrito por el legislador en dicha norma no es otra cosa que la facultad del juez para pronunciarse sobre la condena en costas, esto es, para decidir si hay o no lugar a ellas ante la finalización de una causa judicial.

Debe quedar claro que la referida disposición no impuso al funcionario judicial la obligación de “condenar” en costas, sino la de “disponer” sobre las costas, esto es, la de pronunciarse sobre la procedencia o no de imponerlas.

Bajo esta preceptiva, resulta evidente que, si bien en el texto actual que regula la actuación judicial en los asuntos de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011) ya no obra la previsión que antaño contenía el artículo 171 del Decreto 1 de 1984, referida a la potestad de imponer condena en costas “...teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes...”, también lo es que el nuevo articulado no impone una camisa de fuerza “automática” frente al vencido en el litigio, por lo que, comprendiendo que tal condena es el resultado de una serie de factores tales como, por ejemplo, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, será el respectivo director del proceso quien, ponderando tales circunstancias, se pronuncie con la debida sustentación sobre su procedencia.

Esta interpretación resulta consonante con lo prevenido por el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, hoy consignado en el artículo 365 del Código General del Proceso, que dispone que la condena en costas se impondrá en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos “...en que haya controversia...”, y “...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. (Subrayas y negrillas de mi autoría).

En este mismo sentido y conforme a la posición asumida por el Consejo de Estado, queda absolutamente claro que el artículo 188 del CPACPA no impuso una obligación perentoria de imponer condena en costas y agencias en derecho, pues la obligación que de allí se desprende es la de emitir un pronunciamiento al respecto, de manera que, conforme a la valoración del discurrir del debate procesal resulta válido prescindir de la imposición de la condena en costas acorde con los derechos fundamentales establecidos en la carta política donde prevalece el acceso a la administración de justicia.

Adicionalmente, ha sido una posición unánime del Consejo de Estado que en materias donde se debatan derechos laborales se tiene que atender la posición de los sujetos procesales, que para el caso bajo examen se trata de un docente adscrito al magisterio, parte débil dentro de la relación laboral entre el Estado y el servidor público, que lo único que pretendió fue una mejora de sus condiciones laborales.

De forma imperativa la Constitución Nacional ha establecido que el Principio de la Confianza Legítima: “...Esta exigencia que se predica de todas las relaciones de

derecho, asume una entidad más significativa en aquéllas en que participa la administración, como quiera que en los inicios de la evolución del derecho administrativo, el Estado carecía de responsabilidad frente a los administrados, circunstancia cuya reminiscencia podría afectar el normal devenir de las situaciones jurídicas, si no hubiera, en la actualidad, plena claridad respecto de los principios que irradian la actividad del Estado, dentro de los que se destaca el de buena fe, en sus dimensiones de respeto por el acto propio y confianza legítima.”

Así las cosas se convierte en regla sine qua non para las actuaciones de la Administración: “...Cuando la confianza legítima en que un procedimiento administrativo será adelantado y culminado de conformidad con las reglas que lo rigen es vulnerada, se presenta una violación del debido proceso en la medida en que este derecho comprende la garantía de que las decisiones adoptadas por la administración lo serán de tal manera que se respeten las reglas de juego establecidas en el marco legal así como las expectativas que la propia administración en virtud de sus actos generó en un particular que obra de buena fe. En efecto, la Constitución misma dispuso que una de las reglas principales que rigen las relaciones entre los particulares y las autoridades es la de que ambos, en sus actuaciones, “deberán ceñirse a los postulados de la buena fe.”

En el presente caso no se evidencia que, en la actuación surtida por parte de nosotros, exista arbitrariedad del derecho, mala fe o temeridad, que impliquen imponer una condena en costas, razón por la cual, en esta instancia se solicita de manera respetuosa, se realice la valoración frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales. Pues se debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Conforme a los anteriores planteamientos y si el Despacho considera que existe prescripción respecto a todos los días de sanción, en la medida que no se elevó la reclamación dentro de los tres años siguientes a la fecha en que la administración se constituyó en mora, solicito de manera respetuosa se declare que opero el fenómeno de la prescripción parcialmente respecto de los días de sanción causados entre el 06 de octubre de 2015 al 23 de noviembre de 2015, los días que no están afectados por prescripción son los causados entre el 23 de noviembre de 2015 al 1 de diciembre de 2015.

En sentido similar se ha pronunciado la jurisdicción Contenciosa Administrativa, en diferentes fallos indicados abajo.

1. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ- SECCIÓN SEGUNDA –Subsección C Radicado No. 11001333571120140002001- M.P.DR SAMUEL JOSE RAMIREZ POVEDA– Del 15 de Agosto de 2018.
2. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ- SECCIÓN SEGUNDA –Subsección A Radicado No. 11001333501820160043801- M.P.DRA CARMEN ALICIA RENGIFO SANGUINO– Del 06 de Septiembre de 2018.

3. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ- SECCIÓN SEGUNDA –Subsección A Radicado No. 11001333501720170024901- M.P.DRA CARMEN ALICIA RENGIFO SANGUINO– Del 13 de Junio de 2019.
4. CONSEJO DE ESTADO- SECCIÓN SEGUNDA –Subsección B- Radicado No. 73001-23-33-000-2014-00455-01(2190-15) C.P.DRA SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ – Del 28 de Junio de 2018.
5. CONSEJO DE ESTADO- SECCIÓN SEGUNDA Radicado No. 08001233100020110062801 (0528-14) C.P.DR LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO.

Por lo anterior expuesto, y teniendo en cuenta los pronunciamientos traídos a colación de la manera más respetuosa solicito revocar y/o modificar la sentencia proferida por el Juez 10 Administrativo del Circuito de Bogotá.

Atentamente



JULIAN ANDRES GIRALDO MONTOYA
C.C. 10.268.011 de Manizales
TP. 66.637 del C.S. de la J.