

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C, dieciséis (16) de diciembre de dos mil catorce (2014).

Proceso : NRD 11001333503020130008600.
Demandante : José Alejandro Malaver Carrión.
Demandado : Nación - Ministerio de Educación – Fonpremag, Bogotá D.C. – SED y Fiduciaria la Previsora S.A.
Decisión : Sentencia Primera Instancia.

OBJETO.

Decidir la demanda incoada, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, por JOSÉ ALEJANDRO MALAVER CARRIÓN contra la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, BOGOTÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

I. DE LA DEMANDA.

a- Situación Fáctica.

Señala la parte actora que JOSÉ ALEJANDRO MALAVER CARRIÓN se vinculó al Distrito como docente en provisionalidad desde el 3 de marzo de 2006 hasta el 11 de julio de 2010 y fue nombrado en propiedad a partir del 12 de julio de 2010, y que el **29 de julio de 2011** le solicitó al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ el pago de las cesantías **definitivas**.

Que el Secretario de Educación de Bogotá, en nombre y representación de la Nación- Ministerio de Educación Nacional - FONPREMAG, mediante Resolución 6364 del 15 de diciembre de 2011, **notificada el 29 de diciembre de 2011 (fl. 9)**, le reconoció las cesantías definitivas en cuantía de \$ 4.994.874,00.

Que como quiera que no se materializó el pago de las mismas, el apoderado de la parte actora interpone el **4 de enero de 2012** el recurso de reposición contra la resolución referida con antelación, en el cual solicita el pago de la sanción moratoria a que aduce tener derecho, por considerar que se excedió el plazo de 65 días establecido por la Ley 1071 de 2006 para proferir la resolución de reconocimiento y hacer efectivo el pago ordenado.

Que mediante Resolución 4161 del 25 de julio de 2012, notificada el 31 de julio de 2012 la Secretaría de Educación Distrital resuelve el recurso de reposición incoado, confirmando en todas y cada una de sus partes la Resolución 6364 del 15 de diciembre de 2011(fl. 2 y ss.),y niega el pago de la indemnización solicitada.

b. Pretensiones.

"PRIMERO.- Que se declare la nulidad de la Resolución 4161 de julio 31 de 2012, emanada de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C. y el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por la cual se niega a JOSÉ ALEJANDRO MALAVER CARRIÓN, cédula 79.985.780 de Bogotá, el reconocimiento de la mora en el pago de sus cesantías, según regulación expresa del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006.

SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior, restablézcase el derecho y condénese a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C. – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. a pagar a JOSÉ ALEJANDRO MALAVER CARRIÓN, cédula 79.985.780 de Bogotá, un día de salario por cada día de retardo, hasta cuando se realizare el pago, según regulación expresa del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006.

TERCERO.- Condénese a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C. - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. a pagar a JOSÉ ALEJANDRO MALAVER CARRIÓN, cédula 79.985.780 de Bogotá, a título de reparación del daño, cinco (5) salarios mínimos mensuales vigente.

CUARTO.- Condenar en costas a las demandadas."

c. Normas violadas.

- Código Contencioso Administrativo, artículos 138, 154, 155, 159 y ss.
- Ley 1071 de 2006.

- Demás normas concordantes y pertinentes, especialmente las referidas en los escritos de la solicitud.

d. Concepto de violación.

Con cita y transcripción de las normas superiores, argumenta el apoderado de la parte actora que a su mandante se le ha vulnerado el derecho al pago de la sanción por mora por el no pago de la cesantía a tiempo, equivalente a un día de salario por cada día de mora, contados a partir del vencimiento del plazo establecido para su reconocimiento y pago.

Además, adujo que como quiera que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tenía 15 días a partir de la radicación de la solicitud por parte del actor para reconocer las cesantías definitivas y, que una vez reconocidas, el plazo para su pago era de 45 días hábiles contados desde la firmeza del acto administrativo, se configuran dos términos de mora.

II. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

a. Del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Habiendo nombrado apoderado para que represente sus intereses en el proceso (fl.80), se advierte que no se pronunció en ninguna de las etapas procesales.

b. De la Fiduciaria la Previsora S.A.

La apoderada contestó dentro del término legal la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, argumentándose que el oficio demandado no fue expedido por su representada. Que la FIDUPREVISORA. S.A., tiene como única función manejar los recursos del fondo por lo cual no tiene injerencia en el reconocimiento de las prestaciones, razón por la cual no se encuentra legitimada por pasiva para actuar en calidad de representante del patrimonio autónomo denominado Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Que su actuación depende en su totalidad de la gestión que realiza el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para efectuar el pago correspondiente, y que como quiera que el actor interpuso recurso de reposición contra el acto administrativo que le reconoció las cesantías reclamadas esto ocasionó que el tiempo se prolongara más de lo debido. Que se debe tener en cuenta el procedimiento establecido en Decreto 2831 de 2005, y en el cual se excluye la aplicación de la Ley 1071 de 2006. Que atendiendo la congestión en los trámites que padecen las entidades y la participación de varias entidades del orden territorial y nacional en la expedición del mismo no es posible determinar un término perentorio para la suscripción del acto y menos para la realización del pago, entre otros argumentos.

c. Bogotá, D.C., Secretaría de Educación.

Contestada en tiempo la demanda mediante apoderada judicial afirmó que de conformidad con el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 es la Fiduciaria la Previsora la encargada de manejar los recursos, en calidad de representante del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; en consecuencia, aduce no estar legitimada en la causa por pasiva, como quiera que la Nación y el Distrito son entes completamente distintos, y en el caso objeto de estudio es la Nación junto con la Fiduciaria la Previsora los encargados de responder.

Que una vez revisadas las documentales aportadas, en especial la Resolución 6364 expedida por la Secretaría de Educación el 15 de diciembre de 2011, mediante la cual se reconocen las cesantías definitivas, en su artículo tercero se ordenó a Fonpremag proceder a realizar el pago, para el cual contaban con 45 días. Que de ser procedente la sanción por el no pago a tiempo de las cesantías al demandante el cálculo se debe realizar teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 2º de la ley 244 de 1995.

Para concluir argumentó que su poderdante actuó conforme a derecho, pues la competencia que tienen asignada finalizó al realizar en envío de los soportes de pago y a partir del recibo de estos por parte de la Fiduciaria la Previsora comenzó su competencia para realizar los pagos y en caso de mora acoger lo establecido en la Ley 1071 de 2006.

d. De las excepciones propuestas.

En la audiencia inicial realizada el 5 de septiembre de 2013 se resolvió de manera negativa las excepciones propuestas por los apoderados de Bogotá, D.C., - Secretaría de Educación y la Fiduciaria la Previsora S.A.

III. DEL TRÁMITE PROCESAL.

Admitida la demanda (fls.27/28) fue notificada vía electrónica a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONPREMAG- y BOGOTÁ, D.C., SECRETARÍA DE EDUCACIÓN – La FIDUPREVISORA, la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y al MINISTERIO PÚBLICO (fl. 30), habiendo las demandadas nombrado sus apoderados para la defensa de los intereses de las entidades (fl. 39-61-80), Bogotá, D.C., - Secretaría de Educación Distrital y Fiduciaria la Previsora S,A., contestaron las demandas dentro de término y la Nación- Ministerio de Educación Nacional no se pronunció en ninguna de las etapas del proceso.

Agotado el respectivo traslado para contestar la demanda, se convocó a Audiencia Inicial, de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A., en la que se fijó el litigio previa intervención de las partes, se decidieron las excepciones propuestas por los apoderados judiciales de Bogotá D.C.- Secretaría de Educación Distrital y la Fiduciaria la Previsora S.A., sin que las mismas hubiesen prosperado. Seguidamente, se corrió traslado a las partes para que presentaran las fórmulas que permitieran poner fin al proceso, pero ante la falta de ánimo conciliatorio se declaró fallida la audiencia de conciliación.

Agotado el periodo probatorio, especialmente lo que tiene que ver con la recepción del testimonio del doctor OSWALDO HIGUERA NAVIA, Director de Afiliaciones y Recaudos de la Fiduprevisora, para que indicara la fecha en que se efectivamente se pagaron las cesantías al demandante, se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión (fls. 225-235).

El apoderado de Bogotá D.C – Secretaría de Educación Distrital reiteró sus argumentos propuestos en la contestación de la demanda, concluyendo que es claro que en el presente asunto, quien debe responder por las condenas que eventualmente se impongan a razón del pago tardío de las cesantías es la Nación – Ministerio de Educación Nacional, pago que debe realizar con sus propios recursos.

Que existe falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la SED ya que, de conformidad con el artículo 9 de la Ley 91 de 1989, se estableció que las prestaciones que deban ser pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio las reconocerá la Nación – Ministerio de Educación Nacional, acudiendo a la delegación en entidades territoriales. Que los casos en los que se discutan el reconocimiento de algún derecho la representación la tendrá el Ministerio de Educación Nacional y, cuando se trate de pago de derechos que se encuentran ya reconocidos la representación la tendrá la Fiduciaria la Previsora S.A.

Por último, manifestó que no se puede alegar ningún tipo de responsabilidad a las demandadas por la mora que se generó al cancelar la suma reconocida como cesantías definitivas pues argumenta que se debió a un incumplimiento por parte del demandante del deber de retirar las cesantías requeridas, considerando que la Fiduciaria la Previsora S.A., tiene un procedimiento establecido para el retiro de las mismas, y si el solicitante no se presenta dentro de los 90 días siguientes a la fecha de pago al Banco Agrario o BBVA para cobrar por ventanilla los valores reconocidos, se procede a hacer la devolución del dinero, teniendo el docente que solicitar la reprogramación del pago.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

a. Del caso a debatir.

A pesar de que las cesantías definitivas correspondientes a JOSÉ ALEJANDRO MALAVER CARRIÓN fueron consignadas por la FIDUPREVIDORA el 2 de marzo de 2012 en el Banco BBVA, estuvieron a su disposición hasta el 10 de abril de 2012 y, sin embargo, por su no cobro fueron reintegradas a la Fiduciaria, se demanda en esta oportunidad la legalidad de la Resolución 4161 de 25 de julio de 2012 expedida

por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C. – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en el que se niega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, por el no pago oportuno de las cesantías definitivas.

b. Tesis de la parte demandante.

Se debe reconocer y pagar la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, toda vez que fue superado el plazo máximo de 65 días hábiles desde que el actor hizo la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

c. Tesis de las partes demandadas.

La Secretaría de Educación Distrital y la FIDUPREVISORA S.A. no deben asumir el pago de la sanción moratoria que se reclama porque el acto administrativo de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas fue expedido ajustado a la Constitución y la Ley, como quiera que dicha actuación se hace en nombre y representación de la Nación y el Ministerio de Educación Nacional.

d. Análisis del acervo probatorio.

- JOSÉ ALEJANDRO MALAVER CARRIÓN se vinculó como docente en provisionalidad desde el 3 de marzo de 2006 hasta el 11 de julio de 2010 y fue nombrado en propiedad a partir del 12 de julio de 2010 y, según lo afirmado por el apoderado del actor y la certificación aportada al proceso, se encontraba activo por lo menos hasta el 27 de abril de 2014 (fl.190).

- Que el actor solicitó el **29 de julio de 2011** ante FONPREMAG –SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL- el reconocimiento y pago de las cesantías **definitivas**, las cuales le fueron reconocidas mediante Resolución 6364 del 15 de diciembre de 2011 (fl. 7), en la suma de \$ 4.994.874.00, pero según lo indica la parte actora hasta la fecha de radicación de la demanda y el alegato de conclusión no le han sido pagadas (ver folios 7 y 8).

- Que JOSÉ ALEJANDRO MALAVER CARRIÓN interpuso recurso de reposición contra la Resolución 6364 del 15 de diciembre de 2011, en el cual solicitó el reconocimiento de los intereses moratorios por el no pago oportuno de las cesantías definitivas, esto es, por haberse superado el término máximo de ley para su reconocimiento y pago (ver folio 10 y ss).

- Por último se encuentra certificación expedida por el Director de Afiliaciones y Recaudos de la Fiduciaria la Previsora S.A., (fl. 164), mediante la cual se indica que se realizó el pago de las cesantías definitivas el **2 de marzo de 2012**, a través del Banco BBVA COLOMBIA, y debido al no cobro del mismo por el demandante se realizó reintegro el día 10 de abril de 2012.

e. Problema jurídico a resolver.

¿El demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en el Parágrafo del artículo 2 de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006? En caso positivo ¿Desde cuándo se aplica esta sanción?

Solución al problema jurídico planteado.

Para efectos de tomar la decisión que en derecho corresponda en el presente asunto se tomará el “recurso de reposición”, presentado por el demandante el 4 de enero de 2012 contra la resolución que le reconoció y ordenó pagar las cesantías, como petición de agotamiento de la sede administrativa para reclamar el cobro del pago de la **sanción moratoria** por el no pago oportuno de las cesantías, ya que visto su contenido con dicha impugnación no es que se esté en desacuerdo con el monto reconocido por concepto de cesantías sino que se pretende el reconocimiento y pago de la sanción referida –que es un procedimiento administrativo distinto al de **reconocimiento y pago de las cesantías-**, de un lado y por otro, contrario a lo alegado por los apoderados, en el sentido de que la resolución que reconoció las cesantías quedó en firme cuando se desató el recurso, es decir el **25 de julio de 2012**, pero lo que se observa es que las demandadas consignaron la suma correspondiente antes de tal ejecutoria el **2 de marzo de 2012**.

Acorde con lo anterior, como el entuerto jurídico se genera porque la parte demandante como la demandada confundieron el procedimiento administrativo de reconocimiento y pago de cesantías con el de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por el no pago oportuno de las cesantías, este juez dará por **consignadas** las cesantías el día **2 de marzo de 2012** y, por ende, al día siguiente cesó la mora. Por contera, el debate se circunscribe en determinar si las cesantías definitivas reclamadas por el actor fueron reconocidas y pagadas dentro de los términos legales, motivo por el cual se observará lo establecido en la Ley 1071 del 31 de julio de 2006¹.

Artículo 2o. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.

.....

Artículo 4o. Términos. 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.**

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Artículo 5o. Mora en el pago. 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.

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

¹ Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación. Diario Oficial 46.346 del 31 de julio de 2006.

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.

Que la H. Corte Constitucional, con respecto a la filosofía de las cesantías, señaló en sentencia C-448 de 1996 que:

“...12- Esta Corporación ya había establecido que, conforme a la centralidad que tiene el trabajo en el ordenamiento constitucional y al Convenio 95 de la OIT de protección al salario, el inciso final del artículo 53 de la Carta debe ser interpretado de manera amplia. Por ello esta Corporación entiende que es una disposición que no sólo protege el pago oportuno de las pensiones sino de toda remuneración salarial y laboral, incluidas las prestaciones. Dijo entonces la Corte:

Hoy el salario y las prestaciones sociales son derechos subjetivos, patrimoniales, no solo porque son derechos adquiridos sino porque la Nueva Constitución se expidió precisamente con el fin de asegurar el trabajo dentro de un marco económico y social justo (Preámbulo de la Carta), caracterizándose al Estado como Social de Derecho, fundado entre otras cosas en el respeto al trabajo (art. 1º), teniendo como uno de sus fines esenciales la efectividad de los derechos dentro de los cuales está la remuneración y el pago oportuno (art. 53 C.P.)

(...)

No hay pues la menor duda de que el salario y las prestaciones son REMUNERACIONES protegidas constitucionalmente. Es más, el constitucionalismo del 91 no se limita a promulgar los derechos, a dejarlos escritos, sino a protegerlos realmente (art. 2º C.P.) [5].

En particular la Corte destacó en esa sentencia, y lo reitera en esta ocasión, que el pago de la cesantía definitiva debe ser oportuno, pues precisamente la finalidad de esta prestación es la de "entregarle al trabajador una suma de dinero **para satisfacer sus necesidades inmediatas al retiro** y en proporción al tiempo servido. [6] " ...”

Ahora, frente del inicio del conteo de la sanción moratoria, el H. Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección “B”, C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado, se pronunció en sentencia del veintiocho (28) de septiembre de dos mil seis (2006) de la siguiente manera:

“...La Sala ha venido expresando que para lograr la efectividad de la previsión normativa contemplada en el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 el momento a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas en los eventos en que no exista acto de reconocimiento debe contabilizarse en la siguiente forma:

Se toma la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas con los anexos que

corresponda. Desde esa fecha deben computarse, conforme a los términos a los que alude la Ley 244 de 1995, quince (15) días hábiles para “expedir la Resolución correspondiente” de liquidación de las cesantías definitivas, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir de la fecha en la cual haya quedado en firme dicha resolución, para efectuar el pago de la prestación social. Esto implica que deben contabilizarse en total sesenta (60) días hábiles a partir de la petición, más el término de ejecutoria de la resolución correspondiente, que ordinariamente corresponde a cinco (5) días hábiles, para un gran total de sesenta y cinco (65) días hábiles.

En conclusión, cuando la entidad no se pronuncie frente a la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, el término para el cálculo de la indemnización moratoria comenzará a computarse a partir del día siguiente a los sesenta y cinco (65) días hábiles posteriores a la radicación de la petición de cesantías definitivas que **obviamente debe ser posterior al retiro.**

De otra parte, se precisa que la Ley 244 de 1995 comenzó a regir el 29 de diciembre de 1996, habida cuenta del plazo de gracia de un (1) año que se otorgó en el parágrafo del artículo 3º ibídem y que fue declarado exequible mediante la sentencia C-448 de 1996 proferida por la Corte Constitucional.

Ahora bien, **en los eventos en los cuales la administración haya expedido el acto de reconocimiento, la sanción moratoria nace conforme a lo previsto en el artículo 2º de la mencionada Ley, cuando quiera que no se paguen en el plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles las cesantías definitivas una vez quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación.**

En el mismo sentido, la misma Corporación se pronunció en sentencia del ocho (8) de abril de dos mil diez (2010) de la siguiente manera:

“La sanción moratoria se contabiliza a partir de la firmeza del acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas, vale decir, cuando no se interpongan recursos contra el mismo, cuando se renuncie expresamente a ellos o cuando los recursos interpuestos se hayan decidido (art. 62 del C.C.A.). En los eventos en que la administración no se pronuncie **o se pronuncie tardíamente frente a la solicitud del pago del auxilio de cesantía, dicha situación, salvo los casos previstos por la ley para su retención, no la exime de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso**”².

Finalmente, en sentencia del 10 de febrero de 2011³ el H. Consejo de Estado reiteró desde cuándo la entidad está en la obligación de pagar al servidor las cesantías definitivas, el término que establece la ley para su liquidación y pago y la respectiva sanción ante su incumplimiento.

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”. CP: Gerardo Arenas Monsalve, radicación 73001-23-31-000-2004-01302-02(1872-07).

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación 08001-23-31-000-2005-02156-01(0910-10).

(...)

“Del artículo 1 de la Ley 244 de 1995, es claro que: 1. Las cesantías definitivas se cancelan al servidor público **a la finalización de su relación laboral con el Estado**; 2. La liquidación de la cesantía definitiva debe estar contenida en un acto administrativo precedido por la petición del ex trabajador; 3. **La entidad pública que liquida la prestación social y la entidad que la paga, es diferente. La liquidadora, es la entidad patronal y cuenta con 15 días hábiles contados a partir de la solicitud de liquidación de las cesantías, con la excepción que señala la norma, para expedir la resolución de reconocimiento.** La pagadora, por su parte, es aquella que tiene la obligación de cancelarlas y para lo cual tiene un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la ejecutoria del acto liquidador; 4. **Si la entidad no realiza el pago dentro del término estipulado en la norma, debe 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 la cesantía.**

(...)

Según quedó demostrado en el expediente y fue admitido por las demandadas – no lo desvirtuaron- la demandante solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas el **29 de julio de 2011** (fl. 7), por lo que a partir del día hábil siguiente la entidad empleadora contaba con 65 días hábiles perentorios para proferir el acto administrativo de reconocimiento y efectuar el pago, como lo disponen las precitadas disposiciones y la línea jurisprudencial citada.

Para el caso, el citado término para reconocer las cesantías definitivas y efectuar el pago vencía el **1 de noviembre de 2011**; sin embargo, la Resolución 6364 fue proferida el 15 de diciembre de 2011, notificada el 29 de diciembre de 2011 (fls. 7-9) y, finalmente, la suma allí reconocida fue puesta por la FIDUPREVISORA S.A. a disposición del demandante el **2 de marzo de 2012** (fl.164), situación que fue esclarecida por medio del testimonio rendido por el Director de Afiliaciones y Recaudos de la Fiduprevisora y la certificación obrante a folio 164 del expediente. Así, las demandadas incurrieron en mora para el reconocimiento y pago de las cesantías *ut supra* entre el **2 de noviembre de 2011** hasta el **1 de marzo de 2012**.

En conclusión, teniendo en cuenta las normas y la jurisprudencia citadas, a JOSÉ ALEJANDRO MALAVER CARRIÓN le asiste el derecho a que se le reconozca y pague la sanción moratoria *sub judice*, consistente en un día de salario por cada día de retardo hasta que se hizo efectivo el pago de las mismas.

Se deja expresa constancia que a pesar de los esfuerzos que en materia probatoria se hicieron con el fin establecer con exactitud la mora en que incurrió la Secretaría de Educación Distrital y la mora que cometió la FIDUPREVISORA S.A. en reconocer y pagar las cesantías *sub lite*, respectivamente, no se pudo determinar la fecha exacta en la que la primera envió a esta última el acto de reconocimiento debidamente ejecutoriado, por ende, no fue posible precisar su responsabilidad individual.

Así, como en el presente evento el Ministerio de Educación Nacional no probó, pues no hubo pronunciamiento alguno en el transcurso de las etapas procesales, que le delegó a la Secretaría de Educación Distrital y/o la FIDUPREVISORA, la competencia para resolver las peticiones que los docentes hacen para que se les reconozca y pague la sanción moratoria **–pues no es una prestación social–** se condenará a la Nación – Ministerio de Educación Nacional dado que, se reitera, no demostró que dicha función les fue delegada. Lo anterior, sin perjuicio de las acciones legales respectivas que deba adelantar el Ministerio ante la Secretaría de Educación y la Fiduprevisora S.A.

En consecuencia, sin más consideraciones, se declarará la nulidad del referido acto administrativo demandado y, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL reconocer y pagar a JOSÉ ALEJANDRO MALAVER CARRIÓN, **con recursos propios**, un día de salario devengado por la demandante por cada día de retardo en que incurrió en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, por concepto de la sanción moratoria *sub judice*.

Ahora bien, como quiera que la “solicitud” de reconocimiento y pago de la sanción moratoria la elevó el actor el **4 de enero de 2012** (fl. 7), mediante recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 6364 del 15 de diciembre de 2011 y, por medio de Resolución 4161 del 25 de julio de 2012 notificada personalmente el 31 de julio de 2012 responden de forma negativa su solicitud, y presentó la demanda el **7 de febrero de 2013** (fl. 25) no habrá lugar a declarar la prescripción establecida en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. Por ende, la demandada deberá pagar a la actora los días de mora transcurridos durante el lapso indicado.

En todo caso, el ente de previsión deberá dar aplicación a lo ordenado en el inciso 3 del artículo 192 y el inciso 4 del artículo 195 del C.P.A.C.A., siempre que se cumplan

los supuestos fácticos allí establecidos. De otro lado, como el apoderado en audiencia del 5 de septiembre de 2013 desistió de la pretensión cuarta, referida a la condena en costas, el despacho se abstiene de condenar a la parte demandada.

Respecto a la pretensión tercera impetrada por el apoderado de la demandante para que se condene a las demandadas a reconocer la suma de 5 smlmv por concepto de reparación del daño, no se accederá por no haberse demostrado que se hubiesen causado.

De otra parte, no se ordenará el reconocimiento y pago de sanción moratoria alguna después de que la Fiduprevisora consignara la suma correspondiente por concepto de cesantías en el Banco BBVA, porque estas estuvieron más de un mes a disposición del demandante y por su culpa no fueron reclamadas a tiempo, máxime cuando la resolución que las reconoció y ordenó pagar le fue notificada debidamente y no estuvo atento a su retiro según el procedimiento explicado por el Director de Afiliaciones y Recaudos de la Fiduciaria en diligencia de testimonio, y dado que fue la parte actora quien mezcló el procedimiento administrativo de reconocimiento y pago de las cesantías con el procedimiento que se debía agotar para que se le reconociera y pagara la sanción moratoria, toda vez que son actuaciones autónomas e independientes –diferentes- como atrás se expuso y a nadie le es dable beneficiarse de su propia torpeza.

Insistimos en que no compartimos la tesis de que debía resolverse primeramente el “recurso de reposición” interpuesto contra la resolución que le reconoció las cesantías al actor para que procediera su pago, porque con ello lo que se estaría permitiendo es que se prorrogue la mora por parte del actor de manera ilegal al reclamar de manera impropia el pago de una sanción moratoria dentro de un procedimiento de reconocimiento de cesantías de un lado y, por otro, si se tomara el recurso citado como impugnación del procedimiento administrativo de reconocimiento de las cesantías habría que negar la totalidad de las pretensiones de la demanda por no haberse agotado la sede administrativa frente a la reclamación de la sanción moratoria.

Lo anterior, no obsta para que el demandante si está interesado en que le materialicen el pago de las cesantías lo exija por la vía administrativa, extrajudicial o judicial el pago de las cesantías que le fueron reconocidas mediante las resoluciones citadas, pues no se observa actuación alguna dirigida a la Fiduprevisora reclamando la materialización del pago de las mismas. Por el contrario, lo que se evidencia en la presente actuación es que la parte actora está más interesada en el pago de la sanción moratoria que en el pago de las cesantías mismas, sin darse cuenta que no puede sacar provecho de una situación que el mismo ha generado.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Treinta Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. - Sección Segunda**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de ley.

RESUELVE:

Primero.- Declarar la nulidad de la Resolución 4161 del 25 de julio de 2012, mediante la cual la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL– FONPREMAG– negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 a JOSÉ ALEJANDRO MALAVER CARRIÓN, por lo expuesto en la parte motiva.

Segundo.- Ordenar al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL reconocerle y pagarle **de sus propios recursos** a JOSÉ ALEJANDRO MALAVER CARRIÓN, identificado con C. C. 79.985.780, un día de salario por cada día de mora en el pago efectivo de las cesantías definitivas ocurrido entre el **2 de noviembre de 2011** al **1 de marzo de 2012**, de conformidad con lo expuesto.

Tercero.- Ordenar a la demandada dar aplicación a lo ordenado en el inciso 3 del artículo 192 y el inciso 4 del artículo 195 del C.P.A.C.A.

Cuarto.- Denegar las demás súplicas de la demanda.

Quinto.- Sin condena en costas.

Sexto.- Ejecutoriada esta sentencia, por Secretaría del Juzgado, remítase la copia correspondiente para su cumplimiento como lo indican los incisos finales de los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A., expídase copia auténtica con constancia de ejecutoria de la presente providencia y del poder a las partes con los fines legales. Devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si lo hubiere y, archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR DOMINGO QUINTERO ARGÜELLO

Juez

lebp