



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO

Sincelejo, veintinueve (29) de abril de dos mil dieciséis (2016)

SENTENCIA

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicado No: 700013333008-2015-00120-00

Demandante: RAFAEL SEGUNDO VERGARA PÉREZ

**Demandado: NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

SENTENCIA ESCRITA

De conformidad con los artículos 179 y 187 de la ley 1437 de 2011, se procede a dictar sentencia conforme la siguiente motivación.

DEMANDA

Hechos:

- El demandante señor RAFAEL SEGUNDO VERGARA PÉREZ, labora al servicio de la docencia oficial en la institución educativa San Juan Bautista del municipio de BETULIA en el Departamento de SUCRE.
- El día 26 de enero de 2011, el actor radicó solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales para reparación de vivienda, asignándole el radicado 2011-CES-001768.
- Mediante Resolución N° 0292 del 16 de mayo de 2011, se ordenó pagar al ahora demandante, la suma de \$24.141.348 M/CTE, por concepto de liquidación de cesantía parcial.
- Que el día 19 de septiembre de 2011, LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., como administradora del FOMAG, pagó al actor la suma indicada arriba, a través del banco BBVA COLOMBIA.
- Que el actor radicó la petición el día 26 de enero de 2011, por lo que los 65 días hábiles para el pago de la cesantía parcial se cumplieron el 02 de mayo de 2011; siendo que el pago se produjo el día 19 de septiembre de 2011, por lo que transcurrieron 139 días de mora.
- Al momento de solicitar el pago parcial de cesantías, el señor RAFAEL SEGUNDO VERGARA PÉREZ, tenía una asignación básica de \$2.351.063, por lo que su salario diario correspondía a la suma de

\$78.368,76, los cuales multiplicados por los 139 días de mora nos da un total de \$10.893.257,64.

- Que el 30 de enero de 2014, realizó petición de interés particular, ante la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, reclamando el pago de la sanción por el pago tardío de las cesantías parciales.
- Petición resuelta a través de un acto ficto o presunto negativo, producto en la omisión de dar respuesta a la petición presentada por el apoderado del demandante, que es el acto objeto del presente medio de control.

Pretensiones:

Solicita que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto negativo, expedido por el Secretario de Educación Departamental de Sucre, en nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, acto mediante el cual le negaron las peticiones contenidas en el derecho de petición de interés particular del 30 de enero de 2014.

Como consecuencia de la nulidad anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a pagar la suma de DIEZ MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$10.893.257,64), por concepto de sanción moratoria, por el no pago oportuno de la cesantías parciales a favor del señor RAFAEL SEGUNDO VERGARA PÉREZ, reconocidas mediante la Resolución No. 0292 de 16 de mayo de 2011; de conformidad con la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles siguientes de haber radicado la solicitud de la cesantía parcial ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma, Y demás declaraciones respectivas.

Invoca como causales de anulación del acto acusado la violación de las normas constitucionales y legales en que debía fundarse.

Fundamentos de derecho de la pretensión:

Fundamenta sus pretensiones en la Constitución Política, ley 244 de 1995, artículos 1 y 2; ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La parte demandada NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL Y FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL

MAGISTERIO, presentó contestación del medio de control de forma extemporánea, por tanto teniéndose por no contestada.

ACTUACIÓN PROCESAL

El proceso fue recibido en la Oficina Judicial el día 24 de junio de 2015, y recibido en este juzgado el día 25 de junio de 2015 a (fls 26); mediante auto de fecha 31 de agosto de 2015 se admitió el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por el señor RAFAEL SEGUNDO VERGARA PÉREZ contra la NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (Fls. 27 - 28), notificada por correo electrónico el día 11 de noviembre de 2015 a las partes, al ministerio público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. La parte accionada presentó contestación del medio de control el día 1 de marzo de 2016 (Fls. 39 a 50), siendo ésta extemporánea, como quiera que el término venció el día 23 de febrero de 2016 y por tanto se tiene por no contestada; mediante auto de fecha 17 de marzo de 2016 se fijó fecha para audiencia inicial (fls. 51 - 52); el día 19 de abril de 2016 se llevó a cabo audiencia inicial (Fls 56-57).

PRUEBAS RECAUDADAS

El día 19 de abril de 2016 se llevó a cabo la audiencia inicial en donde no se ordenó la practica de pruebas por que la parte demandante no solicitó y la parte demandada contestó de forma extemporánea el medio de control, como tampoco se consideró necesaria el decreto de oficio de prueba alguna; por lo que se ordenó tener como pruebas los documentos aportados con la presentación de la demanda y se resolvió prescindir del periodo probatorio y se ordenó correr traslado para que fueran presentados los alegatos de conclusión

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte Demandante

El apoderado de la parte Demandante

Presentó sus alegatos de conclusión de la siguiente manera:

Se refiere a lo probado dentro del proceso, atinente a la presentación de solicitud de cesantías parciales por parte de su mandante, radicado el día 26 de enero de 2011, la cual fue atendida por la parte demandada a través de la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, mediante resolución No. 0292 de 16 de mayo de 2011, en la cual se ordena el pago de su cesantía parcial, así como la fecha en que Fiduprevisora puso a disposición del demandante la suma por dicho concepto, para el día 19 de septiembre de 2011; por lo que está demostrado que se causaron 139 días de mora de acuerdo al término dispuesto en la ley 1071 de 2006, y por ende

hace procedente que se declare nulo el acto ficto que negó el pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías parciales a su favor, atendiendo al salario devengado para la época. Siendo procedente a título de restablecimiento, se condene a la demandada al pago del valor resultante y señalado en la demanda.

Parte Demandada

El apoderado de la parte demandada no se presentó a la diligencia.

Ministerio publico

No asistió a la audiencia.

Agotadas todas las etapas procesales, y como se reúnen todos los requisitos legales del debido proceso, sin que exista irregularidad que pueda conllevar a configurarse una causal de nulidad, y no existiendo excepciones de mérito que resolver, se procede a resolver de fondo el presente conflicto jurídico

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Como quiera que el despacho no advierte ningún vicio que pueda dar lugar a no continuar con este proceso, no se visualiza irregularidad alguna, ni se deben subsanar irregularidades que pudieren impedir una decisión de fondo ocasionando una sentencia inhibitoria, se procede a decidir el fondo del asunto, la cual hacemos de la siguiente forma:

PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER

El problema jurídico, en este caso, se contrae en determinar, ¿cuándo da lugar al pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales?

¿A partir de cuándo se hace exigible la obligación del pago de la sanción moratoria? ¿Desde qué termino se cuenta para establecer la prescripción de la sanción moratoria? ¿Se establecen los requisitos a la sanción moratoria de acuerdo a la ley 244 de 1995?

TESIS

La tesis de la parte demandante se centra en que se declare la nulidad absoluta del acto administrativo ficto o presunto negativo, expedido por el Secretario Departamental de Educación de Sucre, en nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; acto mediante el cual le negaron el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por el pago tardío de la liquidación parcial de las cesantías. La petición fue radicada el día 30 de enero de 2014, pretendiendo el pago de la sanción moratoria

contemplada en la ley 244 de 1995 modificada por la ley 1071 de 2006, por violación de la normativa atinente.

La parte demandada contestó la demanda extemporáneamente.

La tesis del despacho se fundamenta en que el pago de la sanción moratoria por pago inoportuno de cesantías de que trata la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, reclamada por el demandante dentro del presente medio de control, tiene vocación de prosperidad. Establecido lo anterior, se procederá al estudio del asunto sometido a consideración, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso concreto en materia de auxilio de cesantías, la sanción moratoria reclamada y el fenómeno de la prescripción, lo cual se soporta en los siguientes argumentos:

1.-ES APLICABLE LA SANCION MORATORIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 2 DE LA LEY 244 DE 1995 Y MODIFICADA EN LA LEY 1071 DE 2006, POR EL NO PAGO OPORTUNO DE LAS CESANTIAS PARCIALES.

Teniendo en cuenta que el señor RAFAEL SEGUNDO VERGARA PÉREZ, labora al servicio de la docencia oficial en la institución educativa SAN JUAN BAUTISTA EN EL MUNICIPIO DE BETULIA –SUCRE; observa el despacho además que el actor tiene la calidad de empleado territorial, como quiera que su vinculación es del orden Departamental, como da cuenta el Formato Único para Expedición de Certificado de Salarios visible a folio 15 del plenario.

Al respecto la Ley 812 de 2003, (Derogada por el art. 276, Ley 1450 de 2011, salvo los arts. 20, 59, 61, 64, 65, 81 y 121), enuncia en su artículo 81 lo siguiente:

“Artículo 81. Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 2341 de 2003, Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 3752 de 2003. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

(..)...”

En consecuencia y en aras de determinar el régimen prestacional aplicable al señor RAFAEL SEGUNDO VERGARA PÉREZ, debe partirse de su fecha de vinculación a la docencia departamental; por lo cual revisado las pruebas documentales visibles en el expediente se resalta la parte considerativa de la Resolución 0292 de 16 de mayo de 2011 “por la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial para reparación de vivienda” –folio 18-; que en su inciso segundo reza lo siguiente:

“..(..)...”

Que según certificado expedido la División de Recursos Humanos de la Secretaría de Educación Departamental, el peticionario comprueba que prestó sus servicios durante 23 años 11 meses y 11 días, lapso comprendido desde el 03 de febrero de 1987, hasta el 13 de enero de 2011, en forma CONTINUA.”.

Visto lo anterior se tiene que el régimen prestacional aplicable al demandante es el previsto en la Ley 91 de 1989.

Por su parte, la normativa en cita -La ley 91 de 1989-, en su artículo 15 dice *“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. De enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

3 Cesantías:

A. 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.

B. 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 1o. 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 de aplicarla 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, acumuladas 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”

Respecto a la aplicación de la Ley 1071 de 2006, al personal docente, se trae a colación sentencia No. 147 de 18 de septiembre de 2014, emanada del Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Primera de Decisión Oral, con ponencia del Magistrado Dr. Luis Carlos Álzate Ríos, radicado No. 2012-00147, que manifestó:

“...(...)..

*De las anteriores referencias, no quedan dudas al interprete que la finalidad del legislador no fue otra que incluir dentro de la regulación de lo que posteriormente sería la Ley 1071 de 2006, a **TODOS los servidores públicos, considerando de forma expresas en sus debates a los del sector educativo**. Así, la interpretación histórica de la norma, claramente nos indica que se aplica a los docentes.*

Por su parte, la misma norma en su tenor literal, igualmente nos lleva a interpretar que se aplica a todos los funcionarios al servicio del Estado, tal como se infiere del texto mismo de los artículos 1, 2 y parágrafo del 5, que se redactan de forma genérica, y por ende, predicable los trabajadores y empleados estatales en términos universales.

A igual resultado nos conduce, el interpretar la integridad de la Ley 1071 de 2006, a la luz del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, estudiado en el acápite anterior, al momento que esta norma remite a las normas generales de los empleados públicos del orden nacional (Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978) por lo que en este punto es claro que los docentes no poseen un régimen especial, y se rigen por las normas generales sobre el tema.

Adicionalmente, en caso de que la interpretación nos genere duda sobre su aplicabilidad al sector docente, la misma se nos despejará al momento en que acudimos al principio universal del derecho laboral del in dubio pro operario, de consagración constitucional (artículo 53 de la C.P.) y el derecho a la igualdad (artículo 13 de la misma obra) por lo que la interpretación conforme a la constitución, igualmente nos enfoca en la aplicabilidad de la norma al sector docente.

...(...)...

El espíritu de la comentada disposición es proteger el derecho de los servidores públicos a percibir oportunamente la liquidación de sus cesantías ya sean definitivas o parciales. En tal sentido, estableció el procedimiento

para su reconocimiento y pago, consagrando, entre otros asuntos, una sanción a cargo de la Administración y a favor del trabajador, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, en caso de constituirse retardo en el pago definitivo o parcial de la referida prestación. Esta norma define un sistema de liquidación ya sea del sistema anualizado o retroactivo como es el del caso que nos ocupa.

Lo anterior indica que a pesar de la naturaleza sancionatoria de la indemnización, se genera por el no pago oportuno de las cesantías tanto definitivas como parciales ya sean de régimen retroactivo o anualizado.

Así las cosas, concluido la aplicabilidad de la normatividad atinente al derecho pretendido por el actor, el despacho procederá a abordar los términos estipulados en la ley 1071 de 2006, que se enuncian a continuación:

De la lectura del artículo 2¹ de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, no deja duda que la sanción moratoria establecida en dicha ley y equivalente a un día de salario por cada día de retardo, sólo se causa vencido el término dispuesto y señalado en dicha normativa, como a continuación se cita:

“Artículo 4. 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”.

¹ARTÍCULO 2o. 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 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 este¹.

Y en su artículo 5 dispone:

“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 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”.

Sobre el tema el honorable CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B, Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH, Bogotá D. C., veintidós 22 de noviembre de dos mil doce (2012) (24872) Actor: TEMOC GONZALO MEJIA GUTIERREZ, que su sentido literal es:

“Es necesario tener en cuenta la fecha en que se expidió el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías adeudadas, y deben sumarse los 5 días dentro de los cuales cobró ejecutoria dicha decisión, momento a partir del cual se calculan los 45 días con los que contaba la entidad demandada para efectuar el pago de las sumas reconocidas en el acto administrativo. En el caso concreto, el acto administrativo por medio del cual se reconoció la obligación a cargo de la entidad demandada relacionada con el pago de las cesantías –resolución n.º 3014-, fue expedido el 16 de diciembre de 1998, y su ejecutoria se produjo el 23 de diciembre del mismo año –transcurridos 5 días hábiles después de la notificación-, momento a partir del cual deben calcularse los 45 días hábiles con los que contaba la entidad demandada para cumplir lo dispuesto en su propio acto, según lo ha dicho la Sección Segunda del Consejo de Estado (...) la entidad que incurra en mora en el pago efectivo de las cesantías deberá cancelar al interesado, a título de indemnización moratoria, una suma equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago, hasta cuando se produzca el pago efectivo, sin que en dicho cómputo se distingan días hábiles o inhábiles, por lo que deberán utilizarse días calendario”.

Se concluye al respecto que la Ley 1071 de 2006, modificatoria de la Ley 244 de 1995, dejó claro que esta misma circunstancia se tendría para el

caso del pago de las cesantías parciales, donde el pago tardío de la mencionada prestación daba lugar a una sanción a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, establecida con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el término para su pago, como lo consigna la mencionada ley.

Por otra parte, en tratándose de afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DE MAGISTERIO, como es el caso del demandante; las normas especiales que regulan la materia, específicamente los artículos 56² de la Ley 962 de 2005 y 4³ del Decreto 2831 de 2005, al establecer en dichos trámites la intervención de las Secretarías de Educación de los Entes Territoriales descentralizados en educación y la fiduciaria que administra el patrimonio autónomo del fondo, adicionan a dicho plazo quince (15) días, para la revisión del proyecto de acto administrativo por parte de la fiduciaria que administre dichos recursos, por lo que para este caso el plazo total será de ochenta (80) días desde la presentación de la solicitud tendiente al reconocimiento.

En atención a lo anterior y a lo probado dentro del expediente, en el presente caso se observa que el actor RAFAEL SEGUNDO VERGARA PÉREZ, hizo solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías parciales ante la Secretaría de Educación Departamental el día 26 de enero de 2011 (Fol. 18), la cual fue atendida mediante Resolución N° 0292 de fecha 16 de mayo del 2011 (Fls. 18-20), que ordenó el reconocimiento y pago de la liquidación de las cesantías parciales del demandante, haciéndose efectivo dicho pago el día 19 de septiembre de 2011 (Fol. 14); no obstante que el pago debió haberse realizado a más tardar el día 23 de mayo de 2011, atendiendo al término de los 80 días hábiles arriba señalado; se tiene que en el presente caso llegaron a causarse 117 días de mora.

² “Artículo 56. Racionalización. de trámites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Las prestaciones sociales 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 se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.”

³ “Artículo 4°. Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.”

2.- DESDE CUANDO SE EMPIEZA A CONTAR EL TERMINO PARA LA PRESCRIPCION DEL DERECHO AL PAGO DE LA SANCION MORATORIA.

Ahora bien, debe pasarse al análisis del término prescriptivo para reclamar el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de la cesantías tanto definitivas como parciales en cualquiera de las formas indicadas en la ley 91 de del 1989; es decir, puede ser en forma retroactiva o anualizada según el tiempo de vinculación del empleado público.

En ese sentido, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, establece el término de prescripción de prestaciones sociales, entre ellas el de las cesantías, indicando que la misma es trienal, como se cita a continuación:

Artículo 41 Decreto 3135 de 1968:

“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

Frente a este tema el honorable CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION B, Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, en providencia de 23 de agosto de 2012.-Radicación número: 08001-23-31-000-2009-00579-01(0584-12), Actor: SILVANA GALLO CALDERÓN, expresó:

“...(...).

Cabe precisar que esta Sección ha considerado que el término de prescripción trienal previsto en las disposiciones transcritas, se extiende analógicamente a los demás derechos laborales de los servidores públicos, por existir un vacío legal. Ahora bien, frente a la mora en la cancelación de las cesantías definitivas, el inciso primero del artículo 2° de la Ley 244 de 1995, establece que ésta se comienza a contar, no a partir del pago de las cesantías definitivas, sino a partir de la firmeza del acto que ordena su reconocimiento. En ese orden de ideas, la demandante debió solicitar el pago de la sanción moratoria a más tardar dentro de los tres años siguientes contados a partir del 11 de septiembre de 2002”.

De lo anterior se puede concluir que la obligación de pagar las cesantías parciales por parte de la entidad encargada de hacer los trámites y resolver sobre dicho pago, debe hacerse dentro de los estrictos marcos indicados en

la ley como son la 244 de 1995 y 1071 de 2006, so pena que dicha omisión genere la obligación del reconocimiento y pago de una sanción económica por no cumplimiento de los términos señalados en las disposiciones arriba mencionadas.

La norma que sirve de soporte, para adelantar el presente estudio y análisis de las pretensiones del presente medio de control, nos indica que, el termino de prescripción del derecho para reclamar el pago de la sanción moratoria sobre las cesantías parciales, es de tres años, contados a partir del momento en que ésta se hace exigible, como se ilustrará seguidamente.

El señor RAFAEL SEGUNDO VERGARA PÉREZ, eleva solicitud ante la Secretaría de Educación Departamental de Sucre – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, pretendiendo la liquidación parcial de cesantías para mejora de vivienda, radicada el día **26 de enero de 2011** (Fol. 18); la cual fue resuelta mediante Resolución No. 0292 de 16 de mayo de 2011 (Fol. 18-20), y efectuándose el pago efectivo de su liquidación para el día **19 de septiembre de 2011**(Fl. 14); posteriormente, el **30 de enero de 2014** (Fls. 21-24), presenta derecho de petición reclamando el pago de la sanción moratoria por la tardanza en el desembolso de los recursos reconocidos por concepto de liquidación parcial de sus cesantías, la cual generó el acto administrativo ficto acusado. Estando plenamente demostrada la mora, como quiera que la entidad debió pagar al actor a más tardar el día **23 de mayo de 2011**. En lo que concierne al término prescriptivo del derecho reclamado, se tiene que el demandante tenía hasta el día **20 de septiembre de 2014** para agotar la sede administrativa pretendiendo el reconocimiento y pago de la sanción por mora sobre las cesantías parciales; resulta evidente que el señor RAFAEL SEGUNDO VERGARA PÉREZ, al elevar la petición del **30 de enero de 2014**, generó la interrupción del término de prescripción y por ende el actor ejercitó su derecho dentro del término de ley para ello.

En consecuencia el demandante tiene derecho a que se le reconozcan y paguen lo equivalente a los 117 días de mora, causados por el pago tardío de sus cesantías parciales, a razón de un día de salario devengado en la época, por cada día de retardo.

En cuanto a la condena en costas y atendiendo lo establecido en el artículo 188 del C.P.A.C.A. y al Acuerdo No. 1887 de 2003 emanado del Consejo Superior de la Judicatura, se condenará en costas a la entidad demandada. Se liquidaran por secretaría. Se fijarán las agencias en derecho en un 15% de las sumas obtenidas en la liquidación respectiva.

Recapitulando, este despacho accederá a las pretensiones solicitadas en el medio de control, porque al demandante le es aplicable la sanción moratoria

prevista en el artículo 2 de la ley 244 de 1995, en concordancia con la ley 1071 de 2006.

Por lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

1.- PRIMERO.- Declárese la nulidad del acto administrativo ficto o presunto negativo, producto de la omisión en dar respuesta de fondo y oportuna a la solicitud radicada en la entidad el día 30 de enero del 2014, que niega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no cancelación oportuna de las cesantías parciales al demandante RAFAEL SEGUNDO VERGARA PÉREZ, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

2.- SEGUNDO.- A título de restablecimiento del derecho, CONDÉNESE A LA NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, causada desde el 24 de mayo de 2011 hasta el día 19 de septiembre de 2011, para un total de 117 días de mora, tomando como base el salario base devengado por el actor para el año 2011.

3.- TERCERO.- Las sumas que resulten a favor del actor se ajustaran en la forma expresada en esta sentencia y se dará cumplimiento al fallo conforme a los artículos 192, 194 y 195 del C.P.A.C.A.

4.- CUARTO.- Condénese en costas a la Parte demandada. Por secretaria tásense, una vez ejecutoriada la sentencia se liquidarán. Fijense las agencias en derecho en el 15% de las sumas obtenidas en la liquidación.

5.- QUINTO.- Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

JORGE ELIÉCER LORDUY VILORIA
Juez