

Juan David Ayala García
Abogado

ALCALDIA DE PEREIRA

Radicación No: **58307-2015**

Fecha: 29/10/2015-17:33:32

Recibido por: NELSON HINCAPIE MECA

Destino: Secretaría de Educación

Anexos: Anexo expediente 7 folios

Pereira, 29 de Octubre de 2015

Señores

SECRETARIA DE EDUCACIÓN
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Pereira - Risaralda

| | |
|----------------------|--------------------------|
| REFERENCIA: | DERECHO DE PETICIÓN |
| PETICIONARIO: | GRACIELA GARTNER GALLEGO |
| APODERADO: | JUAN DAVID AYALA GARCÍA |

JUAN DAVID AYALA GARCÍA, mayor y vecino de la ciudad de Pereira, identificado Civilmente con la CC. No 1088.261.322 de Pereira y acreditado profesionalmente con la T.P. 192.693 del C.S.J, abogado en ejercicio, obrando como apoderado de la señora **GRACIELA GARTNER GALLEGO** mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía N° 25.056.325, de Riosucio a ustedes con todo respeto me permito presentar solicitud para que mediante acto administrativo con las formalidades legales se reconozca y pague un (1) día de salario por cada día de mora en el pago de sus cesantías definitivas, como sanción por haber sobrepasado el tiempo para efectos de realizar la respectiva cancelación en virtud de la resolución No. 734 de 18 de noviembre de 2014 expedida por la secretaria de Educación Municipal de Pereira, en la cual se le reconoció la suma de \$136.478.497,00, por concepto de liquidación de cesantías definitivas. En efecto espero que me resuelvan de manera oportuna y eficaz.

HECHOS

1. La señora **GRACIELA GARTNER GALLEGO**, prestó sus servicios como docente de vinculación Nacionalizada, en la Institución Educativa Alfonso Jaramillo Gutierrez.
2. Laboró como docente desde el 06 de Junio de 1978 hasta el 21 de Julio de 2014.
3. Mediante solicitud radicada bajo el número 2014-CES-036327 el 26 de septiembre de 2014 solicitó el pago de sus cesantías definitivas, por los servicios prestados como docente.
4. Mediante la resolución No. 734 de 18 de noviembre de 2014 expedida por la Secretaria de Educación Municipal de Pereira, se le reconoció la suma de \$136.478.497,00, a los cuales se le descontó la suma de \$77.065.475,00 por concepto de Cesantías parciales pagadas, quedando un saldo líquido de cincuenta y nueve millones cuatrocientos trece mil veintidós pesos (\$59.413.022,00), por concepto de cesantías definitivas.
5. Del saldo líquido de \$59.413.022,00 se giró la suma de \$36.497.422,00 al Banco Av. Villas, la suma de \$2.753.873,00 al Banco Popular y el excedente, por valor de \$20.161.727,00 fue cancelado a la docente **GRACIELA GARTNER GALLEGO**.

Juan David Ayala García
Abogado

6. En la respectiva resolución no se le reconoció la sanción establecida por la ley 1071 de 2006, consistente, en un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las cesantías.
7. El día 02 de diciembre del año 2014 la señora **GRACIELA GARTNER GALLEGO** se notificó de la anterior resolución y renunció a términos de ejecutoria.
8. El día 29 de enero del año 2015 fueron giradas las cesantías definitivas solicitadas por medio de la entidad bancaria BBVA, como lo indico la resolución 734 de 18 de noviembre de 2014.
9. Los días en los cuales incurrió en mora la entidad pagadora fueron desde el día 26 de diciembre del año 2014 hasta el día anterior en que la FIDUCIARIA abono el dinero a la entidad bancaria para realizar el correspondiente pago de mis cesantías (29 de enero de 2015), esto cortado 60 días después de la solicitud (26-09-2014), para un total de 33 días de mora para la cancelación de las cesantías definitivas.
10. La señora **GRACIELA GARTNER GALLEGO** devengó en el último año de servicio dos millones setecientos once mil novecientos treinta y nueve (\$2.711.939,00) que hacen referencia al factor salarial de la ASIGNACIÓN BÁSICA (SUELDO), quinientos cuarenta y dos mil trescientos ochenta y ocho pesos (\$542.388,00) hacen referencia al SOBRESUELDO como coordinadora, un millón seiscientos cincuenta y ocho mil ochocientos tres esos (\$1.658.803,00) hacen referencia al factor salarial de PRIMA DE NAVIDAD, se tiene en cuenta la PRIMA DE VACACIONES devengada el año anterior por valor de un millón quinientos ochenta mil seiscientos noventa y un pesos (\$1.580.691,00) y cuatrocientos cincuenta pesos (\$450,00) por concepto de PRIMA DE ALIMENTACIÓN y setecientos cincuenta y nueve mil trescientos cuarenta y tres pesos (\$759.343,00).

| FACTOR | VALOR | PROMEDIO |
|-----------------------|----------------|-----------------------|
| Asignación Básica | \$2.711.939,00 | \$2.711.939,00 |
| Sobresueldo | \$542.388,00 | \$542.388,00 |
| Prima de Navidad | \$1.658.803,00 | \$247.582,53 |
| Prima de Vacaciones | \$1.580.691,00 | \$131.724,25 |
| Prima de Servicios | \$759.343,00 | \$113.334,77 |
| Prima de Alimentación | \$450,00 | \$450,00 |
| | TOTAL | \$3.747.418,55 |
| | Diario | \$124.913,95 |

11. Por concepto de un día de salario de la señora **GRACIELA GARTNER GALLEGO** recibió la suma de ciento veinticuatro mil novecientos trece pesos con noventa y cinco centavos (\$124.913,95), dicha cantidad se obtuvo del resultado de la división del total de los factores devengados entre 30 días, que corresponden a los días laborados por mes.

Juan David Ayala García
Abogado

OBJETO DE LA PETICIÓN

1. Solicito el reconocimiento y pago de un (1) día de salario por cada día de mora en el pago de mis cesantías definitivas, por haber sobrepasado el tiempo para efectos de realizar mi respectiva cancelación en virtud de la resolución No. 734 de 18 de Noviembre de 2014 expedida por la secretaria de Educación Municipal de Pereira en valor de cuatro millones ciento veintidós mil ciento sesenta pesos con cuarenta centavos (\$4.122.160,40), teniendo en cuenta que el salario diario es de ciento veinticuatro mil novecientos trece pesos con noventa y cinco centavos (\$124.913,95), y los días de mora fueron 33.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

EN CUANTO AL DERECHO DE PETICION

Lo anterior con fundamento en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículos 2, 5, 6, 23, 74, 93, 94, 121, 122, 209 de la Constitución Política, Ley estatutaria 1755, y Sentencia de la Corte Constitucional C-477 de mayo 24 de 2001 Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

Es de aclarar que el derecho constitucional fundamental de petición debe ser solucionado de una manera eficaz y oportuna, dando así cumplimiento a núcleo esencial de dicho derecho, y por lo tanto impidiendo su violación.

EN CUANTO AL DERECHO RECLAMADO

LEY 1071 DE 2006: 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.

- **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."

- **Artículo 5. 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

Juan David Ayala García
Abogado

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.

4. JURISPRUDENCIA:

Se ha establecido en jurisprudencia del honorable Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 27 de marzo de 2007 (**Expediente No. 760012331000200002513 01 No. Interno: 2777-2004 AUTORIDADES MUNICIPALES. ACTOR: JOSÉ BOLÍVAR CAICEDO RUIZ. CONSEJERO PONENTE: DR. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE.**) En punto a la formulación de las distintas hipótesis para el reconocimiento de la indemnización moratoria por la falta de pago oportuno de las cesantías definitivas. Es de aclarar por parte del actor que se hace referencia a la ley 244 de 1995 ya que hablan de cesantías definitivas y que fue modificada por la ley 1071 de 2006 en cuanto a que se reclama dicha sanción también cuando se solicitan cesantías parciales.

"Se dijo en esa oportunidad:

Conforme al texto de la norma se presentan varias hipótesis, a partir de la petición del interesado, que pueden dar lugar a la existencia de un conflicto, así:

- La administración no resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías.
- La administración no reconoce las cesantías y, por ende, no las paga.
- La administración efectúa el reconocimiento de las cesantías. En este caso pueden ocurrir varias posibilidades:
 - Las reconoce oportunamente pero no las paga.
 - Las reconoce oportunamente pero las paga tardíamente.
 - Las reconoce extemporáneamente y no las paga.
 - Las reconoce extemporáneamente y las paga tardíamente.
- Existe pronunciamiento expreso sobre las cesantías y/o sobre la sanción y el interesado no está de acuerdo con el monto reconocido.

En las hipótesis en que no haya controversia sobre el derecho, por existir la resolución de reconocimiento y la constancia o prueba del pago tardío, que, en principio, podrían constituir un título ejecutivo complejo de carácter laboral, el interesado puede acudir directamente ante la justicia ordinaria para obtener el pago mediante la acción ejecutiva. V. gr. hipótesis Las reconoce oportunamente pero no las paga y Las reconoce oportunamente pero las paga tardíamente.

En este caso la obligación debe reunir los requisitos previstos en los artículos 100 y siguientes del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, esto es, ser expresa, clara, exigible y constar en documento que provenga del deudor o de su causante pues el fundamento del proceso ejecutivo es la certeza sobre la existencia de la obligación.

Para que exista certeza sobre la obligación no basta con que la ley haya dispuesto el pago de la sanción moratoria, aquella es la fuente de la obligación a cargo de la administración por el incumplimiento o retardo en el pago de las cesantías definitivas mas no el título

Juan David Ayala García
Abogado

ejecutivo, que se materializa con el reconocimiento de lo adeudado por parte de la administración.

En este caso el interesado debe provocar el pronunciamiento de la administración para obtener el acto administrativo que le sirva de título ejecutivo ante la Jurisdicción Laboral, no ante los jueces administrativos, porque el artículo 134 B-7, adicionado por la Ley 446 de 1998, artículo 42, sólo les otorgó competencia a éstos para conocer de los procesos ejecutivos originados en condenas impuestas por esta jurisdicción, mientras que el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001, le adjudica competencia general a la jurisdicción laboral ordinaria para "la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad.

También constituye título ejecutivo, cuyo pago deberá reclamarse ante la jurisdicción ordinaria, el acto por el cual la administración reconoce en favor del peticionario una suma de dinero por concepto de sanción moratoria. Aquí igualmente se trata de la simple ejecución de una acreencia laboral respecto de la cual no versa discusión alguna.

En suma la vía procesal adecuada para discutir las cesantías y el reconocimiento de la sanción moratoria es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, salvo que exista certeza del derecho y de la sanción, porque, se repite, en estos eventos procede la ejecución del título complejo...

En conclusión:

- (i) El acto de reconocimiento de las cesantías definitivas puede ser controvertido, cuando el administrado no está de acuerdo con la liquidación, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.
- (ii) **Ese mismo acto constituye título ejecutivo y puede ser reclamado por la vía judicial correspondiente, que es la acción ejecutiva, pero en lo que respecta a la sanción moratoria deberá demostrarse, además, que no se ha pagado o que se pagó en forma tardía.**
- (iii) El acto de reconocimiento de la sanción moratoria puede ser cuestionado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho si el administrado se encuentra inconforme con él, pero si hay acuerdo sobre su contenido y no se produce el pago de la sanción la vía indicada es la acción ejecutiva.
- (iv) Cuando se suscite discusión sobre algunos de los elementos que conforman el título ejecutivo, como que no sean claros, expresos y exigibles, debe acudir ante esta jurisdicción para que defina el tema. De lo contrario la obligación puede ser ejecutada ante la jurisdicción ordinaria por la acción pertinente.

Conviene precisar que en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho siempre existirá un acto atacable. Los expresos de reconocimiento de las cesantías definitivas y de reconocimiento de la sanción moratoria, o los fictos frente a la petición de reconocimiento de las cesantías definitivas o frente a la petición de reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, por lo que la acción que debe impetrarse es la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Con base en esta línea jurisprudencial se tiene que, en el caso concreto, como quiera que existe la resolución de reconocimiento y la constancia o prueba del pago tardío, y no existe discusión sobre los elementos que configuran el título, la vía judicial indicada para obtener el pago es la acción ejecutiva..."

Juan David Ayala García
Abogado

De acuerdo al estudio detallado realizado por el Consejo de Estado de la ley 244 de 1995 modificada por la ley 1071 de 2006 se puede determinar que para el caso de cesantías definitivas se ha señalado por esta corporación los lineamientos a tener en cuenta para llevar a cabo la contabilización de los términos en los cuales las entidades deben reconocer y pagar las cesantías definitivas, mas sin embargo la ley 1071 de 2006 modifico la norma, en el entendido de que dichos términos se aplican tanto como para el reconocimiento y pago de cesantías parciales como definitivas, y es de allí donde nace el derecho del docente a reclamar dicha sanción moratoria, consistente en la cancelación de un día de su salario por retardo en el pago oportuno de las cesantías solicitadas hasta que se realice el pago de la prestación solicitada.

PRUEBAS

1. Copia de la resolución No. 734 de 18 de noviembre de 2014 expedida por la Secretaria de Educación Municipal de Pereira.
2. Constancia de pagos expedidas por BBVA, de las cesantías definitivas a favor de la señora **GRACIELA GARTNER GALLEGO**, transferencia realizada el día 29 de enero de 2015.

ANEXOS

Documentos relacionados con las pruebas y poder otorgado a mí para actuar.

NOTIFICACIONES

APODERADO:

Las recibiré en la calle 20 No. 6-30, Edificio Banco Ganadero, Oficina 905 de la ciudad de Pereira, teléfono 312 787 8249, e-mail: juan_ayalagarcia@hotmail.com.

Cordialmente,


JUAN DAVID AYALA GARCÍA
C.C 1.088.261.322 de Pereira, Risaralda.
T.P. 192693 del C.S de la J.

Juan David Ayala García
Abogado

Pereira, Septiembre 09 de 2015.

Señores:

SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE PEREIRA
FONDO NACIONAL DE PRETACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
CIUDAD

REFERENCIA: PODER ESPECIAL.

GRACIELA GARTNER GALLEGO, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía N° 25.056.324 de Riosucio, Caldas, a usted con todo respeto me permito manifestarle que confiero poder especial, amplio y suficiente, al abogado **JUAN DAVID AYALA GARCÍA**, mayor de edad, vecino de Pereira, identificado con cédula de ciudadanía N° 1.088.261.322 de Pereira-Risaralda, y tarjeta profesional 192693 del Consejo Superior de la Judicatura, para que en mi nombre y representación, para que en mi nombre y representación formule derecho de petición, a fin de que se reconozca la sanción moratoria por pago extemporáneo de cesantías definitivas reconocidas mediante la resolución No. 734 del 18 de Noviembre de 2014.

Mi apoderado queda ampliamente facultado para recibir, conciliar judicial y prejudicialmente, transigir, sustituir, renunciar, reasumir, solicitar copias de los actos administrativos con constancia de notificación y ejecutoria, interponer recursos y realizar todo lo que esté conforme a derecho para la debida representación de mis intereses, sin que pueda decirse en momento alguno que actúa sin poder suficiente. Este poder incluye la facultad de interponer los recursos ordinarios y extraordinarios.

Solicito se sirva reconocer personería a mi apoderado en los términos del presente mandato.

Atentamente,

Acepto,


GRACIELA GARTNER GALLEGO

C.C. N° 25.056.324 de Riosucio, Caldas.


JUAN DAVID AYALA GARCÍA

C.C. N° 1.088.261.322 Pereira.

T.P. 192693 del C.S de la J.



| | | | |
|------------------------------------|----------------------------------------|---------------------------------------|---------------------------|
| Clasificación | Petición ó Tutela | | |
| Fecha de radicación: | 29 de octubre de 2015 | Número de radicado: | 58307 |
| Tipo de documento: | Carta | Fecha de oficio entrante: | 2015-10-29 17:30 |
| Número de oficio entrante: | | | |
| Persona natural o jurídica: | JUAN DAVID AYALA GARCIA | | |
| Descripción o asunto: | derecho de peticion | Tiempo de respuesta (dias): | |
| Anexos físicos: | | Descripción de anexos físicos: | anexo expediente 7 folios |
| Anexos digitales: | | | |
| Destino: | OPERADOR SAC - Auxiliar Administrativo | Copia a: | - |

