



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL**

Sincelejo, veintisiete (27) de agosto de dos mil quince (2015)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-003-2013-00309-01
DEMANDANTE: GIOVANNI JOSE MARTÍNEZ SALGADO
DEMANDADO: INSTITUTO MUNICIPAL DE
DEPORTES Y RECREACION DE
SINCÉ-SUCRE
M. DE CONTROL: NULIDAD Y REST. DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha 19 de marzo de 2015, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1 Pretensiones¹

El señor **GIOVANNI JOSE MARTÍNEZ SALGADO**, a través del ejercicio del presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, solicita que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio sin número, de fecha 9 de mayo de 2013, por medio del cual, se niega una solicitud de reconocimiento y pago de sanción moratoria,

¹ Folio 1-2, cuaderno de primera instancia.

solicitada mediante un derecho de petición, radicado el 17 de abril de 2013.

Como consecuencia de la nulidad del acto administrativo acusado, se pide a título de restablecimiento, se ordene a la entidad demandada, reconocer y pagar el valor referente a la sanción moratoria, equivalente a un día de salario por cada retardo, por el no pago oportuno de las cesantías reconocidas en la Resolución N° 069 de 30 de junio de 2011, contados a partir de la presentación de la solicitud, correspondiente a un valor de Veinticinco Millones Ochenta y Nueve mil Ciento Sesenta y Tres pesos(\$25.089.173.00), suma que a su vez, debe ser indexada y concedida con los interés moratorios, a los que haya lugar.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²

El señor **GIOVANNI JOSE MARTÍNEZ SALGADO**, trabajó a favor del Instituto Municipal de Deportes y Recreación de Sincé, desempeñando el cargo de DIRECTOR, desde el 4 de enero de 2008, hasta el 10 marzo de 2011.

Para la fecha del 11 de marzo de 2011, el actor, presentó solicitud de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, incluyendo las cesantías del año 2010 y las definitivas del año 2011. Dicha entidad, solo hasta el 30 de junio de 2011, expidió la resolución N° 069, mediante la cual, le reconoció la petición solicitada, siendo notificado el día 16 de agosto de 2012, quedando ejecutoriada el 24 de agosto de 2012. Afirma el demandante, que las cesantías definitivas, fueron canceladas de forma tardía, el 13 de diciembre de 2012.

² Ver folios 2-11, del cuaderno de primera instancia.

El 17 de abril de 2013, el accionante, haciendo uso del derecho de petición, requirió al Instituto Municipal de Deportes y Recreación de Sincé-Sucre, efectuara el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contenida en la Ley 244 de 1995, por el no pago oportuno de las cesantías, reconocidas mediante la Resolución N° 069 de 30 junio 2011, siendo efectiva desde el 16 junio de 2011, hasta el 13 de diciembre de 2012. En respuesta a lo anterior, el director del Instituto, mediante oficio de fecha 9 de mayo de 2013, negó la solicitud del demandante, siendo notificado el 24 de mayo del mismo año.

La parte demandante, señala como marco jurídico – normativo quebrantado, los Arts. 1, 13, 25, 29, 53 y 209 de la Constitución Política; La Ley 244 de 1995, arts. 1 y 2.

Argumenta el actor, que el acto administrativo demandado, fue expedido con infracción a las normas en las que debía sustentarse y mediante falsa motivación, toda vez que una vez se produjo el retiro definitivo del servicio, se debía cancelar sus cesantías definitivas, dentro de los extremos temporales que estipula la Ley 244 de 1995, pero como no sucedió de esa manera, se debe aplicar la sanción moratoria, prevista en esa normatividad, referida a un día de salario por cada día de retardo, de modo que, al acreditarse el pago de esa prestación, mucho tiempo después del plazo máximo previsto en la norma, es procedente el reconocimiento de la sanción en comento.

Aunado a ello, apoyándose en la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado manifestó, que la contabilización de la mora incurrida por la demandada, se debe contabilizar desde el vencimiento de los términos establecidos en la Ley 244 de 1995, para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, esto es, desde la terminación de los 65 días que tiene la administración, para proferir el acto administrativo de

liquidación y efectuar el desembolso de lo reconocido, hasta la verificación del efectivo pago de la prestación.

1.3. Contestación de la demanda³

La parte demandada, contestó la demanda dentro de la oportunidad legal, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando, que siendo el demandante, en su oportunidad, Director del Instituto Municipal de Deportes y Recreación de Sincé, IMDER – SINCÉ, le correspondía como ordenador del gasto, realizar las consignaciones oportunas de sus cesantías, por lo que, no es de recibo que ante esa atribución, se beneficie de esa omisión, para que, posteriormente, pretenda reclamar, judicialmente, la sanción generada, cuando en su oportunidad, existían los suficientes recursos para sufragar esa prestación.

1.4.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 19 de marzo de 2015, resolvió:

***“Primero:** Declárese no probada la excepción de inepta demanda por falta de los requisitos sustantivos del derecho reclamado propuesta por la parte demandada, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.*

***Segundo:** Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio de fecha 9 de mayo de 2013, suscrito por el INSTITUTO MUNICIPAL DE DEPORTES Y RECREACION INDER SINCÉ, en cuanto negaron el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no cancelación oportuna de las cesantías definitivas del señor GIOVANNI JOSE MARTÍNEZ SALGADO, con fundamento en la parte motiva de este proveído.*

³ Folios 65-71 cuaderno de primera instancia.

⁴ Ver folios 107 – 1116, del cuaderno de primera instancia.

Tercero: Como consecuencia de lo anterior, Condénase al Instituto Municipal de Deportes y Recreación Inder Sincé a pagar al señor GIOVANNI JOSE MARTÍNEZ SALGADO, por concepto de sanción moratoria contemplada en el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995, la suma de Veintitrés Millones Sesenta y Tres Mil Cuatrocientos Cuarenta Pesos M/CTE (\$23.063.440.00) de conformidad con lo antes expuesto (...)"

Como argumento de su decisión, el A quo en respuesta al problema jurídico, luego de revisar el material probatorio que resulta en el plenario y conforme la jurisprudencia que ha tratado el tema, determinó, que el ente accionado, desconoció, abiertamente, el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995, como quiera que no cumplió con el plazo que allí se establece, para el pago de las cesantías definitivas, por lo tanto, dicho instituto, es responsable de la mora incurrida, al punto que debe reconocer al demandante, la sanción prevista en la normativa señalada.

Para la contabilización de la tardanza en el pago de las cesantías definitivas, el juez de primera instancia estableció, el interregno comprendido entre el vencimiento de los 65 días, contados a partir de la ejecutoria de la Resolución No. 069 de 30 de junio de 2011⁵ – 14 de julio de 2011- hasta el efectivo pago de la misma, es decir, desde el 16 de septiembre de 2011, hasta el 13 de diciembre de 2012.

1.5.- El recurso⁶.

Inconforme con la decisión de primer grado, la parte demandante interpuso recurso de apelación, con el objeto de que la misma, sea revocada parcialmente por esta instancia, debiéndose acceder a las

⁵ Reconocimiento de cesantías definitivas y otras prestaciones.

⁶ Folios 124-128, del cuaderno de primera instancia.

pretensiones, tal como fueron consignadas en el libelo de la demanda.

Al respecto manifestó, que el inconformismo no se centra en el derecho reconocido, esto es, la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas, pues, ello se encuentra suficientemente acreditado, sino en la contabilización de la mora, en que incurrió la demandada, para efectos de liquidar dicha erogación.

En ese sentido, expresó que en la sentencia objeto de alzada, se contabilizaron, incorrectamente, los términos establecidos en la Ley 244 de 1995, toda vez que se contaron los 45 días hábiles, que tiene la administración para el pago de las cesantías, una vez vencido el período de los 15 días posteriores a la solicitud de liquidación de las mismas, desde la ejecutoria del acto administrativo de reconocimiento – Resolución No. 069 de 30 de junio de 2011-, cuando en realidad debió efectuarse, según las reglas de la jurisprudencia contenciosa administrativa, una vez finalizaron los 15 días, que tenía la entidad para pronunciarse, dado que el acto administrativo de reconocimiento, se profirió y notificó mucho tiempo después del vencimiento de aquél término.

Por lo tanto, adujo que si contabiliza el término de morosidad de la administración para el pago de las cesantías definitivas, desde el vencimiento de los 65 días, contados desde la solicitud de las cesantías y no desde el vencimiento de los 45 días, que tenía la administración para el pago de la misma, una vez ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento, como lo entendió el A quo, da un total de 546 días de mora y no como se concluyó en la sentencia apelada, de 447 días de morosidad.

De manera, que al tener el instituto demandado, 546 días de mora en el pago de las cesantías, la sanción asciende a la suma de \$28.171.449.00 y no como se sentenció en primera instancia, que se dice correspondía a la cantidad de \$23.063.440.00.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

Mediante auto de 4 de junio de 2015, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante⁷.

Posteriormente en auto de fecha 14 de julio de 2015, se dispuso correr traslado de alegatos de segunda instancia⁸.

El Ministerio Público, no emitió concepto de fondo.

La parte demandante⁹, presento sus alegatos de conclusión, manifestando iguales argumentos a los anunciados en el recurso de apelación.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente, para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁷ Folio 4, Cuaderno de 2º instancia.

⁸ Folio 13, Cuaderno de 2º instancia.

⁹ Folio 20, Cuaderno de 2º instancia

2.2. Problema Jurídico.

De conformidad con el recurso de alzada, por demás sometido al contenido en los artículos 320 y 328 del C. G. del P., en tanto existe único apelante privilegiado del principio *no reformatio in pejus*, para la Sala el problema jurídico estriba en determinar: ¿La contabilización de la morosidad derivada del no pago oportuno de las cesantías definitivas del actor, efectuada por el juez de primera instancia, para efectos de cuantificar la sanción moratoria reconocida, se encuentra ajustada a derecho?

2.3.- Análisis de la Sala.

El legislador, ha diseñado un procedimiento dirigido a que el servidor público obtenga el reconocimiento y pago de sus cesantías de manera oportuna. Estas cesantías, pueden ser liquidadas de manera definitiva, al momento de finalizar la vinculación laboral del servidor público o puede ser parcial, referida a que son susceptibles de retiro, en vigencia de la relación laboral, siempre que se demuestren las causas legales para ello, como son, que estén dirigidas a la consecución de vivienda o mejora de vivienda y a costear, erogaciones provenientes de la educación.

Para el caso de las cesantías definitivas, se expidió la Ley 244 de 1995, en la cual se estipulan unos términos perentorios, para el reconocimiento y pago oportuno de este tipo de cesantías, que de no cancelarse en las oportunidades establecidas, se genera en favor del empleado, una sanción o indemnización, que equivale a un día de salario por cada día de retardo, la cual fenece en la fecha, en que se efectúe el efectivo pago de las cesantías.

Ahora bien, sobre la causación de esa erogación indemnizatoria, el Consejo de Estado, en el seno de su Sala Plena, sentó las bases para tal fin, en los siguientes términos¹⁰:

“Sobre este aspecto conviene recalcar que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar su falta de respuesta o sus respuestas evasivas que acarreen perjuicio al peticionario. Carecería de sentido que el legislador mediante norma expresa estableciera un término especial para la liquidación y pago de cesantías si el inicio del mismo quedara al arbitrio de la administración.

*Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, **el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.***

Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudirse a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para

¹⁰ Sentencia de 27 de marzo de 2007, radicación No. 760012331000200002513 01, C. P. Dr. JESÚS MARÍA LEMUS BUSTAMANTE.

contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante”.

De conformidad con el anterior pronunciamiento, se evidencia, que el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, están sujetas a un término de obligatorio acatamiento, cuyo incumplimiento o falta de pronunciamiento, constituye una sanción y/o indemnización a favor del empleado, que la misma ley conmina a que cancele el empleador, por lo tanto, se colige que el hecho generador de la sanción pecuniaria, surge a partir de la morosidad en el reconocimiento y pago del auxilio en comento.

Bajo el anterior panorama, se estima que la sanción y/o indemnización moratoria, se concibe como un castigo de origen legal, contra la administración morosa en el pago de las cesantías, tardanza que no está en la obligación de soportar el ex trabajador, por consiguiente, ese recargo pecuniario constriñe al empleador para que efectúe el pago en las oportunidades legalmente establecidas.

De igual manera, se colige que la sanción y/o indemnización moratoria, se causa, cuando vencen los sesenta y cinco (65) días hábiles siguientes, a la radiación de la solicitud de reconocimiento de las cesantías definitivas, indistintamente de que hubiese pronunciamiento posterior, al vencimiento del plazo otorgado y finaliza su causación, cuando se produzca el efectivo pago al ex servidor.

2.4.- Caso concreto.

Abordando el *sub examine*, se acredita que el demandante elevó solicitud de liquidación y pago de las prestaciones sociales, incluidas las cesantías definitivas, causadas con ocasión al servicio prestado al

Instituto Municipal de Deportes y Recreación de Sincé – IMDER SINCÉ, como director, el día 11 de marzo de 2011¹¹. En respuesta a lo anterior, la entidad mencionada expidió la Resolución No. 069 de junio 30 de 2011¹², mediante la cual se reconoció la suma de \$1.963.129.00, por concepto de cesantías de los años 2010 y 2011, no obstante fue notificada pasado un año luego de su expedición, esto es, el 26 de agosto de 2012¹³, actuación que sin duda, puso de presente al actor, la existencia y certeza de las cesantías reconocidas.

Conforme las reglas anotadas por la jurisprudencia de Sala Plena del H. Consejo de Estado, atrás reseñada, se deduce que la administración demandada, expidió y notificó el acto administrativo de liquidación de cesantías parciales a favor del demandante - Resolución No. 069 de junio 30 de 2011, mucho tiempo después del vencimiento de los 15 días posteriores a la presentación de la solicitud, incluso, pasados los 45 días posteriores a la finalización de los 15 días, junto con los 5 días de ejecutoria¹⁴, en otras palabras, el pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas, se produjo con posterioridad al vencimiento de los 65 días, contados a partir de la solicitud, que para el caso de la referencia, finalizaba el 16 de junio de 2011.

En ese contexto, no es posible contabilizar el término que tiene la administración, para cancelar las cesantías definitivas (45 días), a partir de la ejecutoria del acto administrativo de liquidación, cuando éste fue expedido por fuera de los términos perentorios establecidos en la Ley 244 de 1995, toda vez, que la omisión de la entidad, no puede hacer más gravosa la situación del ex servidor, en el sentido que aún, ya estando fuera del servicio, tenga la carga de soportar la tardanza en el

¹¹ Folio 14 del cuaderno de primera instancia.

¹² Folio 15 del cuaderno de primera instancia.

¹³ Folio 16 del cuaderno de primera instancia.

¹⁴ Atendiendo que la solicitud se elevó en vigencia del derogado Decreto 01 de 1984, antiguo Código Contencioso Administrativo.

pago de sus cesantías, que huelga decir, es una prestación destinada, precisamente, a solventar las necesidades, cuando el ex empleado, queda cesante, en virtud de su desvinculación del servicio.

Así las cosas, del plenario se avizora que el pago de las cesantías definitivas, se produjo el 13 de diciembre de 2012, tal como lo acredita el certificado visible a folio 32 del C. 1 y aceptado por el instituto demandado, en la contestación de la demanda, de modo que la mora incurrida por aquél, osciló entre 17 de junio de 2011 (día siguiente al vencimiento de los 65 días hábiles posteriores a la solicitud) y el 13 de diciembre de 2012, dando un total de **545 días** de tardanza.

Por consiguiente, atendiendo a que el salario diario devengado por el actor, en el último año de servicios (2011), asciende a la suma de \$44.589.10, la sanción moratoria que se endilga en esta oportunidad, al Instituto Municipal de Deportes y Recreación de Sincé – IMDER SINCÉ, por cancelar extemporáneamente las cesantías definitivas del señor GIOVANNI JOSÉ MARTÍNEZ SALGADO, asciende a la suma de VEINTICUATRO MILLONES TRESCIENTOS UN MIL CINCUENTA Y NUEVE PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$24.301.059.50), tal como se desprende la siguiente operación:

$$\underline{545 \text{ (días de mora)} \times \$44.589.10 \text{ (salario diario devengado)}} =$$

\$24.301.059.50

De esta manera, dando respuesta al planteamiento propuesto, se concluye, que la contabilización de la morosidad incurrida por el Instituto Municipal de Deportes y Recreación de Sincé – IMDER SINCÉ, con ocasión al pago extemporáneo de las cesantías definitivas del señor GIOVANNI JOSÉ MARTÍNEZ SALGADO, conforme los parámetros trazados por la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, debe

realizarse desde el vencimiento de los 65 días hábiles, posteriores a la presentación de la solicitud de liquidación y no finalizado los 45 días hábiles siguientes, a la ejecutoria del acto de reconocimiento, Resolución No. 069 de junio 30 de 2011, como lo estableció el juez de primer grado.

En consecuencia, al variarse el interregno de mora, en el sentido que se incrementa de 447 a 545 días, también cambia sustancialmente el monto a cancelar por concepto de sanción moratoria, que según el cálculo efectuado en antecedencia, asciende a la suma de **\$24.301.059.50**, así entonces, la Sala modificará el numeral tercero¹⁵ de la sentencia de 19 de marzo de 2015.

3.- CONDENA EN COSTAS

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 365 del Código General del Proceso, se abstiene la Sala a condenar en costas de segunda instancia.

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 3° de la sentencia de 19 de marzo de 2015, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, el cual queda de la siguiente manera:

¹⁵ Se dice tercero, entendiéndose que el juez de primera instancia, tuvo un error gramatical, al momento de identificar el numeral de la parte resolutoria de la sentencia en alzada, en tanto, aparecen dos numerales "segundo".

“Como consecuencia de lo anterior, CONDÉNESE al INSTITUTO MUNICIPAL DE DEPORTES Y RECREACIÓN DE SINCÉ – IMDER SINCÉ a pagar al señor GIOVANNI JOSÉ MARTÍNEZ SALGADO, por concepto de sanción moratoria contemplada en el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995, la suma de **VEINTICUATRO MILLONES TRESCIENTOS UN MIL CINCUENTA Y NUEVE PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$24.301.059.50)**, conforme lo expuesto”

CONFÍRMESE el resto de los numerales de la sentencia apelada.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas de segunda instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFIQUÉSE, COMUNIQUÉSE Y CÚMPLASE

Aprobado en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 00127/2015

Los magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ