



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D. C., 7 de septiembre de 2018

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho.-
Radicación: 08001233300020140033401.-
Interno: 1172-2016.-
Actora: Caroll Biviana Patiño Lombana.-
Demandados: Departamento del Atlántico, Contraloría General del Atlántico.-
Tema: Sanción moratoria – Ley 50 de 1990.-

FALLO SEGUNDA INSTANCIA – LEY 1437 DE 2011

I. ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 15 de diciembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico – Sala de Decisión Oral A, que le negó la sanción moratoria.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda.

2. La señora Caroll Biviana Patiño Lombana en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho¹, presentó demanda el 8 de mayo de 2014² contra el departamento del Atlántico – Contraloría General del Atlántico.

2.1.1 Pretensiones.

a. Declarar la nulidad del Oficio 01114713 del 6 de noviembre de 2013, mediante el cual el Contralor General del Atlántico le negó el reconocimiento

¹ Consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011.

² Folio 12.

y pago de la sanción moratoria³ con ocasión del reajuste salarial cancelado posteriormente.

b. Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la parte demandada el pago de un día de salario por cada día de retardo «[...] en el PAGO TOTAL del auxilio de cesantías [...] correspondiente a las anualidades de 2008 a 2012».

c. Que se condene en costas a las entidades demandadas y se cumpla la sentencia dentro del término previsto en el CPACA.

2.1.2. Fundamentos fácticos.-

3. La demandante señaló⁴ que labora en la Contraloría General del Atlántico en el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 02, a partir del **18 de febrero del 2008** y desde el momento en que se vinculó con la entidad, el salario asignado a dicho empleo no correspondía al que legalmente debía percibir, dada la falta de aumento de las correspondientes asignaciones por las anualidades de 2001, 2003 y 2004, e igualmente, las correcciones salariales realizadas desde la vigencia fiscal de 2002 hasta la de 2012, cuyo ajuste y pago obtuvo cuando acudió ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

³ De acuerdo con lo establecido en “(...) el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable por expresa disposición del artículo 13 de la Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998 (...)”.

⁴ Folios 3 y 4.

4. Indicó que en el 2009, la contraloría departamental le otorgó facultades especiales al gobernador del ente territorial demandado mediante la Ordenanza 000077 de 22 de diciembre de dicha anualidad, por lo que suscribió el programa de saneamiento fiscal el 30 de diciembre de 2009; y posteriormente, expidió el Decreto 000504 de 2010, que ordenó el pago retroactivo de las acreencias laborales de los servidores y ex empleados del órgano de control fiscal, por las anualidades de 2001 a 2010. En consecuencia, debido a que se tomó una base salarial desajustada para la liquidación de las cesantías anualizadas y definitivas para los años 2008 a 2012, sostuvo que solo se realizó un pago parcial de la prestación social y se generó la sanción moratoria; razón por la cual, formuló petición ante la autoridad pública competente, cuya negativa tuvo lugar a través del acto administrativo acusado.

2.3. Normas violadas y concepto de violación.

5. Invocó como normas desconocidas las siguientes disposiciones⁵: artículos 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 53, 209 de la Constitución Política; 17 de la Ley 6^o de 1945; 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990; 4^o de la Ley 4^a de 1992; 2^o de la Ley 244 de 1995; 13 de la Ley 344 de 1996; 33, numerales 1, 9 y 10 de la Ley 734 de 2002; 59 del Decreto 1042 de 1978; 1^o del Decreto 1582 de 1998; 1^o del Decreto 1919 de 2002; 10 y 137 de la Ley 1437 de 2011.

6. Acusó el acto administrativo demandado de los siguientes cargos:

⁵ Folios 4 a 10 del expediente.

i) Falsa motivación al ser expedido bajo argumentos que no corresponden a la realidad, esto es, que las cesantías de la actora no fueron liquidadas y pagadas oportunamente, según la escalera salarial vigente en cada período, pues el salario venía desajustado debido a la negligencia de la entidad pública empleadora;

ii) Con infracción de las normas en que debería fundarse, por cuanto la decisión administrativa acusada desconoció el derecho al trabajo, así como la igualdad y el debido proceso de la demandante. Así mismo, manifestó que no se tuvieron en cuenta las normas jurídicas que establecen el régimen prestacional de los servidores públicos del nivel territorial, por cuanto se pagó fuera del término legal los salarios y prestaciones sociales correspondientes, debido a que el mismo solo fue parcial;

iii) Expedición en forma irregular al no atender el ordenamiento jurídico; y

iv) Con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió, en tanto si bien la entidad pública demandada es competente para resolver las peticiones laborales, no actuó conforme a la ley, y por ende, afectó el erario.

2.4. Contestación de la demanda.

7. **La Contraloría General del Atlántico**⁶ resaltó en primer lugar que la demandante presentó una confusión de la sanción por la omisión en el pago de la cesantías frente a la originada por la falta de consignación de las diferencias de las prestaciones sociales, ya que a pesar de que en el acápite de pretensiones reclama la penalidad prevista en la Ley 50 de 1990⁷, en el numeral 6º de los hechos hace mención a las cesantías definitivas de que trata la Ley 244 de 1995⁸.

8. Adujo que entre la actora y la Contraloría Departamental del Atlántico existió un vínculo laboral desde el 18 de febrero de 2008 hasta el 13 de febrero de 2014, y debido a que era beneficiaria del sistema anualizado de liquidación, se efectuó la consignación dentro de la oportunidad por las anualidades de 2008 a 2012; e igualmente, a la terminación de la relación laboral se le reconocieron las cesantías definitivas a través de la Resolución 000157 del 28 de abril de 2014, cuyo pago se efectuó el 27 de mayo de 2014. En consecuencia, la entidad demandada cumplió con sus obligaciones laborales dentro de los plazos establecidos en la ley, por lo que no se configuran los presupuestos que den lugar a la sanción moratoria pretendida por la demandante.

9. Enlistó las resoluciones por las cuales se reconoció el aludido emolumento por las anualidades de 2008 a 2012, cuya copia aportó con la contestación,

⁶ Contestación que obra a folios 91 a 120.

⁷ « Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

⁸ « Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones»

así como los comprobantes de pago, y en tal virtud, indicó que la obligación se cumplió de manera total y no parcial, como lo manifestó la accionante, en atención a que el departamento tuvo en cuenta para la liquidación las asignaciones salariales vigentes para las cada una de las anualidades. Por consiguiente, en la medida en que las causales de nulidad invocadas por la parte actora carecen de sustento jurídico y probatorio, no se desvirtuó la presunción de legalidad que cobija al acto acusado.

10. Arguyó que si bien durante los años 2001, 2003 y 2004 no hubo reajuste salarial, con el fin de obtener su reconocimiento y pago, la señora Patiño Lombana presentó demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al cual accedió el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Barranquilla mediante sentencia proferida el 21 de mayo de 2013, dentro del proceso con radicación 2012-00037, orden cumplida a través de la Resolución 000531 del 6 de noviembre siguiente, de tal manera que en caso de imponerse una eventual condena en este proceso, implicaría otro reajuste de la base salarial para la liquidación de las cesantías de la actora, y en ese orden, la vulneración del principio de cosa juzgada, por cuanto existe un fallo ejecutoriado cumplido por la administración.

11. Señaló que se configuró la caducidad, por cuanto en el presente caso la decisión acusada se notificó personalmente el 6 de noviembre de 2013, por lo que el término para la presentación de la demanda inició al día siguiente y venció el 7 de marzo de 2014, el cual se interrumpió el 26 de febrero de la misma anualidad, con ocasión de la presentación de la solicitud de conciliación; luego, le quedaban 7 días para incoar el medio de control, que seguirían corriendo a partir del día siguiente de fracasada la conciliación (7

de abril de 2014), por lo que disponía hasta el 14 de abril siguiente, pero se presentó hasta el 8 de mayo de 2014, es decir, 12 días después del vencimiento del plazo.

12. Propuso las que denominó excepciones: i) inepta demanda, la cual hizo consistir en que el acto acusado no es el único que el titular debió demandar, sino además las resoluciones que reconocieron las cesantías anualizadas, situación que permitiría inferir su acuerdo frente a la liquidación de la prestación social, por lo que mal puede pretender que a partir de fundamentos fácticos que no dan lugar a la sanción moratoria reclamada, se considere que la decisión de la administración se expidió de mala fe; ii) cosa juzgada, por cuanto existe identidad de objeto, causa y partes entre la presente *litis* y el proceso con radicación 2012-0038; y iii) prescripción extintiva de los derechos causados con anterioridad al 16 de octubre de 2010, en atención a la fecha de presentación de la reclamación administrativa, conforme a los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968⁹ y 102 del Decreto 1848 de 1969¹⁰.

13. **El departamento del Atlántico**¹¹ manifestó que la contraloría departamental es la que debe asumir financiera y presupuestalmente, las sumas derivadas de la pretensión de la actora, por cuanto fue la entidad que

⁹ "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

[...]

Artículo 41º.- Las acciones que emanan 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.

¹⁰ "por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.

[...]

Artículo 102º.- Prescripción de acciones.

Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual."

¹¹ Folios 123 a 137.

expidió el acto administrativo acusado, y adicionalmente, de acuerdo con la sentencia C-643 de 23 de agosto de 2012¹², que declaró inexecutable el artículo 3º de la Ley 1416 de 2010¹³, le corresponde al órgano de control fiscal responder por los presuntos emolumentos laborales insolutos de la demandante.

14. Argumentó que de conformidad con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968¹⁴, las porciones causadas por concepto de sanción moratoria por las anualidades de 2008 a 2012, se encuentran prescritas, en atención a que la demandante no controvertió cada una de las liquidaciones de las cesantías anualizadas, las cuales fueron debidamente notificadas al titular.

15. Formuló como excepción la que denominó ineptitud de la demanda por falta de los requisitos legales, en tanto los actos administrativos que reconocieron las cesantías anualizadas de la actora, no fueron controvertidos con el objeto de que se reajustara la diferencia para las vigencias fiscales de 2008 a 2012.

16. Agregó que el departamento del Atlántico no debe ser parte en el presente asunto, toda vez que no existió relación legal y reglamentaria con la demandante, razón por la cual, la petición solo fue elevada ante el órgano de control fiscal territorial y en el evento en que se condene a cancelar cualquier

¹² M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹³ "Por medio de la cual se fortalece el ejercicio del control fiscal.

[...]

Artículo 30. En desarrollo del fortalecimiento, garantía y salvaguarda del control fiscal territorial, las entidades territoriales correspondientes, asumirán de manera directa y con cargo a su presupuesto el pago de las conciliaciones, condenas, indemnizaciones y cualquier otra forma de resolución de conflictos de las Contralorías, sin que esto afecte el límite de gastos del funcionamiento en la respectiva Contraloría Territorial."

¹⁴ Ibídem 12.

tipo de diferencia de tipo laboral a su favor, la misma será responsabilidad inequívoca de la contraloría departamental, lo cual además es garantía de los principios de buena fe y confianza legítima.

2.5. Audiencia Inicial

17. La Magistrada Ponente del Tribunal Administrativo del Atlántico se constituyó en audiencia pública celebrada el 6 de noviembre de 2015¹⁵, en la cual una vez efectuado el saneamiento del proceso, declaró no probados los medios exceptivos de caducidad, inepta demanda y falta de legitimación en la causa por pasiva.

18. El *a quo* fijó el litigio en los siguientes términos: «[...] tiene derecho o no la demandante al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que contempla la Ley 50 de 1990, aplicable a los empleados públicos en virtud de la Ley 344 de 1996 correspondiente a los años 2009 a 2012».¹⁶

III. SENTENCIA APELADA.

19. El Tribunal Administrativo del Atlántico mediante fallo del 15 de diciembre de 2015¹⁷, consideró que conforme al material de prueba que obra en el expediente, se acreditó que la actora fue vinculada con posterioridad a la

¹⁵ Folios 172 a 175 y CD.

¹⁶ Reverso del folio 174.

¹⁷ Folios 196 a 205 vto.

entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996¹⁸, es decir, el 18 de febrero del 2008, razón por la cual, está cobijada por el régimen anualizado y de acuerdo con la copia de las resoluciones mediante las cuales se reconocieron las cesantías por las anualidades de 2008 a 2012, se encuentra demostrado que las sumas causadas por concepto de la prestación social aludida, fueron consignadas oportunamente por la entidad nominadora y por la totalidad de los valores liquidados en cada uno de los actos administrativos correspondientes, esto es, con anterioridad al 15 de febrero de cada vigencia fiscal.

20. Por lo anterior, precisó que no hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria, sin que pueda alegar un pago parcial por concepto de la prestación social, toda vez que la entidad consignó dentro del plazo el valor total correspondiente al salario devengado para la época, razón por la cual, sostuvo que no se causó la penalidad contemplada en la Ley 50 de 1990¹⁹, en tanto la misma se origina por el incumplimiento del término legal para efectuar los traslados a la cuenta individual del fondo administrador de cesantías, lo cual fue desvirtuado en el presente caso.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

21. **La demandante**²⁰ manifestó que contrario a lo resuelto por *a quo*, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria «[...] por el no pago total de sus cesantías anualizadas», al encontrarse acreditado que

¹⁸ “por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.” Que entró en vigencia el 31 de diciembre de 1996.

¹⁹ « Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

²⁰ Folios 211 a 220.

labora al servicio de la Contraloría Departamental del Atlántico a partir del **2008**, razón por la cual, le es aplicable el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1919 de 2002²¹, de manera que sus prestaciones sociales deberán liquidarse con base en los factores contemplados en el Decreto 1045 de 1978²², entre los cuales el principal lo constituye la bonificación por servicios prestados, de tal suerte que deba tomarse 1/12 parte de su valor para liquidar el señalado emolumento.

22. Adujo que dentro del proceso se demostró y además es un hecho aceptado por el órgano de control fiscal demandado, que durante los años 2001, 2003 y 2004, la contraloría no aplicó el incremento legal a la asignación básica mensual de los cargos de la entidad, entre ellos, el que ocupa la demandante, situación que conllevó a la nivelación salarial de los empleos de la Contraloría General del Atlántico a través de la Resolución 000015 del 3 de mayo de 2013²³ y el pago de las diferencias que de manera retroactiva se generaron a favor de cada empleado, incluyendo el auxilio de cesantías, cuyo valor se generó de manera incompleta, y en consecuencia, se generó la sanción moratoria «[...] hasta que se paguen completamente las cesantías anualizadas por cada uno de los años de su causación», por cuanto «[...] lo accesorio sigue la suerte de lo principal.»²⁴

²¹ «Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial.»

²² «Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.»

²³ «Por la cual se establece la nivelación salarial de los empleos de la CONTRALORÍA GENERAL DEL DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO».

²⁴ Folio 215 del expediente.

23. Señaló que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁵, «[...] cuando en la liquidación de la cesantía se deja de aplicar correctamente uno de los factores, la liquidación y pago solo será parcial [...]», y en tal virtud, es exigible la reliquidación de la prestación social y la imposición de la sanción moratoria establecida en las Leyes 244 de 1995²⁶ y 344 de 1996²⁷.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

24. El apoderado de la **Contraloría Departamental del Atlántico**²⁸, señaló que la parte demandante en esta instancia del proceso pretende modificar el problema jurídico que desde la audiencia inicial en la etapa de fijación del litigio se concretó así: «[...] determinar si a la demandante le asiste o no el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y si el acto administrativo expedido por la Contraloría Departamental del Atlántico es legal o tiene vicios de nulidad.»²⁹.

25. En cuanto a los argumentos de la apelación, adujo que la obligación de pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, no surge del desajuste de la base salarial con base en la cual se liquida la prestación, como parece entenderlo la actora, sino que la penalidad se causa desde el día siguiente a aquél en que se incumpla con el deber de consignar el valor

²⁵ Al respecto citó: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 7 de marzo de 2013. Rad. 1381-2012. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 17 de abril de 2013. Rad. 2005-03330-01 (1720-2012).

²⁶ «Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»

²⁷ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

²⁸ Folios 243 vto. a 245 del expediente.

²⁹ Folio 243 vto. del expediente.

que corresponda en la cuenta individual del trabajador antes del 15 de febrero de cada anualidad, de manera al tener su origen en un supuesto taxativamente señalado en la norma, no puede ser descontextualizado por la demandante con el objeto de que se acceda a sus pretensiones.

26. El **departamento del Atlántico**³⁰, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, relativos a la falta de legitimación en la causa por pasiva y la inexistencia de la obligación, en atención a que el acto acusado fue expedido por el ente de control fiscal, el cual está dotado de autonomía administrativa, presupuestal y financiera.

VI. CONCEPTO DE MINISTERIO PÚBLICO

27. La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado señaló que en el presente asunto no existe discusión frente al supuesto fáctico de que la demandante es beneficiaria del régimen anualizado de cesantías contemplado en la Ley 50 de 1990³¹, en concordancia con la Ley 344 de 1996³², y conforme a lo establecido por la ley, encontró acreditado que las cesantías causadas durante las anualidades de 2008 a 2012 fueron consignadas antes del 15 de febrero del año siguiente a haberse causado y de acuerdo con los valores liquidados en cada uno de los actos administrativos que se expidieron al efecto, sin que la diferencia salarial alegada por la parte actora genere la sanción moratoria, en la medida que la obligación reconocida en aquel acto no se encontraba vigente para la fecha

³⁰ Folios 247 a 254.

³¹ « Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

³² «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

en que la entidad empleadora debía cumplir su deber legal de efectuar los abonos por la prestación social a la cuenta individual de sus servidores públicos.

VII. CONSIDERACIONES

7.1. Análisis del asunto.

28. Previo a fijar el problema jurídico que debe resolver la Sala en instancia de apelación de la sentencia, en la facultad y deber de saneamiento que tiene el órgano judicial, en aras de emitir una decisión de fondo que atienda el objeto del proceso, entre otros³³, recapitulará desde el contenido de la demanda y las contestaciones emitidas por las entidades demandadas, esto es, la traba de la *litis*.

29. Al respecto, la Sala observa que la señora Caroll Biviana Patiño elevó una petición ante la Contraloría Departamental del Atlántico el 16 de octubre de 2013³⁴, en la finalidad de obtener la sanción moratoria, por cuanto la base para liquidar el auxilio de cesantías por las anualidades de 2008 a 2012, se efectuó en forma parcial, debido a la omisión de la entidad en efectuar el incremento salarial legal durante los años 2001, 2003 y 2004, solo se efectuó hasta el 2013 a través del Decreto Ordenanzal 000398 del 2 de mayo del 2013.

³³ Que se no se profieran fallos inhibitorios.

³⁴ Folios 13 a 23.

30. En respuesta a la petición de la demandante, la entidad manifestó a través del Oficio 01114713 del 6 de noviembre de 2013³⁵ que desde el momento en que se posesionó se han realizado las respectivas consignaciones de cada anualidad con base en las normas que en su momento fijaron la asignación salarial de la actora, y debido a que los correspondientes valores por concepto del auxilio de cesantías fueron liquidados y reconocidos a través de los correspondientes actos administrativos, en caso de haber existido inconformidad debió presentar los recursos para controvertir las decisiones de la administración.

31. La señora demandó el anterior acto definitivo, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para obtener la sanción moratoria, con fundamento en que desde el 18 de febrero del 2008 labora en la Contraloría Departamental del Atlántico en el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 17, y debido a que durante las anualidades de 2001, 2003 y 2004 no se había efectuado el reajuste salarial en la planta de personal del ente de control fiscal durante las anualidades de 2001, 2003 y 2004, del cual fue objeto su cargo, las cesantías para las anualidades de **2008 a 2012**, no se liquidaron con base en el salario total asignado para el empleo que ocupaba en el órgano de control fiscal.

32. Si bien la actora no discute el supuesto fáctico de que sus cesantías fueron consignadas oportunamente, alega que ellas no comprendieron el valor total de la asignación salarial legal y en consecuencia, reclama la sanción moratoria y como fundamento legal invoca el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

³⁵ Folios 24 a 26.

33. La Contraloría General del Atlántico se opuso a la pretensión concreta de la demandante, ante lo cual enfatizó en que no existe la figura del «pago total y del pago parcial» que esta aduce, puesto que se realizaron los pagos por concepto de las cesantías anualizadas con base en las asignaciones salariales que se encontraban vigentes para los años 2008 a 2012, ya que el reajuste salarial y prestacional por los años 2001, 2003 y 2004 ya fue reconocido mediante Resolución 000531 del 6 de noviembre de 2013, de acuerdo con la orden impartida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Barranquilla mediante sentencia del 22 de mayo de 2013³⁶.

34. El Tribunal Administrativo del Atlántico – Sala de Decisión Oral A, negó las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que la administración cumplió la obligación relativa a la consignación de las cesantías dentro de la oportunidad legal por las anualidades objeto de la *litis* (2008 – 2012), con base en el salario que la demandante venía devengando para la época, sin que pueda alegar que se haya realizado un pago parcial, toda vez que la entidad canceló dentro del término el valor total por concepto de la prestación social –cesantías.

35. La demandante manifiesta su desacuerdo frente al fallo de primera instancia, pues en su sentir, al encontrarse acreditado que en la liquidación de la cesantía se efectuó con base en una asignación salarial desajustada, la consignación de las cesantías solo se efectuó de manera parcial, y en tal

³⁶ Proceso con radicación 2012-00037

virtud, es exigible la sanción moratoria como quiera que «[...] lo accesorio sigue la suerte de lo principal [...]».

36. Visto lo anterior, y en atención a que lo reclamado por la demandante en la apelación es precisamente lo que aquí se ha resumido, y con fundamento en la cual ataca la sentencia, el problema jurídico a resolver es el siguiente:

37. Determinar si con ocasión de la nivelación salarial de los cargos de la Contraloría Departamental del Atlántico para las anualidades de 2001, 2003 y 2004 reconocida a través de la Resolución Reglamentaria 00015 del 3 de mayo de 2013, y para el caso de la demandante a través de una orden judicial, debe entenderse en consecuencia que la consignación de las cesantías por las anualidades de 2008 a 2012 al liquidarse con base en una asignación salarial desajustada, se efectuó de manera incompleta, y en tal virtud, le es dable el reconocimiento de la sanción moratoria.

38. Para resolver la controversia planteada, se abordará el análisis de los siguientes aspectos: (i) De la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 y antecedentes jurisprudenciales; y ii) solución del caso.

7.2.1 De la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990.

39. La Ley 50 de 1990 «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones», contempló en su artículo 99 una sanción para el empleador que incumpla **el plazo para efectuar la consignación del auxilio de cesantías en la cuenta individual**

del fondo privado administrador seleccionado por el trabajador, en los siguientes términos:

«Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. **El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.**

40. De las norma transcrita, se establece que la aludida sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, creada en principio para los trabajadores del sector privado y extendida posteriormente a los servidores públicos del nivel territorial que ingresaron con posterioridad al 31 de diciembre de 1996 y afiliados a fondos privados de cesantías en virtud del Decreto 1582 de 1998³⁷, se causará a cargo del empleador que ***incumpla la obligación de consignar el valor liquidado por la anualidad o la fracción correspondiente con anterioridad al 15 de febrero del año siguiente en la cuenta individual del empleado en el fondo administrador.***

41. Así, debido a la naturaleza sancionadora de la norma y en tal virtud, al regirse por el principio de legalidad como una garantía esencial del derecho

³⁷«Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia.»

al debido proceso en los términos del artículo 29 de la Constitución Política³⁸, toda sanción deberá estar consagrada en una ley preexistente y frente a una conducta **determinada, pues en materia sancionadora se impone una interpretación restrictiva, lo que excluye aplicar una interpretación extensiva o analógica**, concebida en los términos de la Corte Constitucional³⁹, como un **límite infranqueable por la actividad judicial**.

42. Lo anterior, permite a la Subsección establecer que **la sanción moratoria únicamente podrá aplicarse por el supuesto determinado previamente en la ley**, sin que a través de una interpretación extensiva el órgano judicial pueda extenderla a conductas que no hayan sido contempladas por el legislador, máxime cuando el artículo 230 Superior previó la sujeción de los jueces en sus providencias, al imperio de la ley.

43. Frente al asunto objeto de debate, la Sección Segunda del Consejo de Estado a través de la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 No. 004 de 2016⁴⁰, al analizar la exigibilidad de la sanción del régimen anualizado de cesantías, precisó que dicha penalidad se genera por la omisión del deber legal de consignar oportunamente la prestación social, de manera que por disposición legal, se configura a partir del incumplimiento del empleador del plazo para efectuar los abonos por concepto del señalado emolumento a la cuenta individual del empleado. En esta oportunidad, consideró lo siguiente:

³⁸ «ARTÍCULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.»

³⁹ Sentencia T-1285 de 2005, en donde la Corte Constitucional señaló:

«De acuerdo con los principios que rigen el debido proceso, de legalidad y tipicidad, sólo es posible derivar la falta y la sanción de conformidad con las leyes preexistentes al acto que se imputa, siendo importante resaltar que las causales de pérdida de investidura no pueden ser de creación jurisprudencial pues en materia sancionadora se impone una interpretación restrictiva, lo que excluye aplicar una interpretación extensiva o analógica.»

⁴⁰ Rad. 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero.

«[...] De acuerdo con lo previsto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el legislador impuso al empleador una fecha precisa para que consigne las cesantías anualizadas de sus empleados, esto es, el 15 de febrero del año siguiente a aquél en que se causaron, y precisa que “el empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”.

Determinar una fecha expresa para que el empleador realice la consignación respectiva y prever, a partir del día siguiente, una sanción por el incumplimiento en esa consignación, implica que la indemnización moratoria que surge como una nueva obligación a cargo del empleador, empieza a correr desde el momento mismo en que se produce el incumplimiento. [...]»

44. De este modo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que la finalidad del legislador al contemplar la sanción moratoria fue **apremiar** al empleador a la **consignación oportuna de las cesantías anualizadas**, debido a la importancia de esta prerrogativa laboral destinada a cubrir necesidades básicas del servidor público relacionadas con educación y vivienda de su núcleo familiar.

45. En consecuencia, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia pacífica de esta Corporación, en los eventos en que se reconozcan una diferencia respecto del salario base de liquidación del auxilio de cesantías con ocasión de una nivelación salarial, ello no implica el reconocimiento de la sanción moratoria, toda vez que al tratarse de una **sanción** que se configura por una conducta **determinada en la ley** en cabeza del empleador que *incumpla el plazo señalado* en la ley para consignar el valor liquidado por la anualidad o fracción correspondiente en el fondo administrador seleccionado por el

empleado⁴¹ y no podrá aplicarse a otras situaciones fácticas, en tanto ello desconoce el principio de legalidad y a su vez, la garantía esencial del debido proceso.

7.2.2 Análisis del caso concreto.

46. La Sala en aras de resolver el cargo planteado por la demandante en instancia de apelación, deberá establecer si los hechos aducidos por la actora, se encuentran acreditados a través de los elementos de prueba aportados por las partes, según se expone a continuación:

47. Con la presentación de la demanda se aportó la certificación expedida por el Secretario General y la Subsecretaria de Talento Humano de la Contraloría General del Departamento del Atlántico de 5 de noviembre de 2013⁴², en las cuales se informó frente a la vinculación de la actora, lo que se transcribe a continuación:

«Que revisada la hoja de vida de la señora CAROLL BIVIANA PATIÑO LOMBANA [...], labora actualmente en esta entidad, [...]

Mediante Resolución 000077 del 13 de febrero de 2008, nombrado para desempeñar el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 17, Nivel Asistencial en la Contraloría Auxiliar de Gestión Pública, [...]

⁴¹ Ver entre otras: Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Sentencias del 27 de abril del 2017. Rad. 6001233300020130044201; del 11 de mayo de 2017. Rad. 66001233300020130043901; del 18 de mayo de 2017. Rad. 66001233300020130021301; del 8 de septiembre del 2017. Rad. 08001233300020140035501. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁴² Folios 27 a 30.

48. Igualmente, allegó copia auténtica de la Resolución Reglamentaria 000015 de 3 de mayo de 2013⁴³, expedida por el Contralor Departamental del Atlántico, por la cual en atención a que durante los años 2001, 2003 y 2004 «[...] a los funcionarios de la CONTRALORÍA GENERAL DEL DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO no les fueron aplicados los incrementos salariales autorizados por la ley [...], dispuso las nuevas asignaciones salariales y ordenó a la dependencia responsable del Talento Humano, proyectar y liquidar los valores resultantes a favor de cada empleado para el pago del retroactivo, entre ellos, la de la actora, así:

FUNCIONARIO	CARGO	COD.	GRD.	NIVEL	SALARIO
CAROLL BIVIANA PATIÑO LOMBANA	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	407	17	ASISTENCIAL	\$1.015.000

49. En cuanto al reconocimiento y pago de las del auxilio de cesantías de la demandante, la Contraloría General del Atlántico con la contestación de la demanda, allegó copia de los actos administrativos mediante los cuales efectuó el reconocimiento de las cesantías de manera anualizada, así como las respectivas planillas de traslado al fondo administrador de cesantías Colfondos S.A., o mediante transferencia realizada por intermedio de la entidad bancaria Davivienda, así:

⁴³ Folios 31 a 42 del expediente.

ACTO ADMINISTRATIVO	ANUALIDAD	VALOR	NOTIFICAC. PERSONAL	FF.	TRANSFERENCIA FONDO ADMINISTRADOR/ ENTIDAD BANCARIA
Resolución 000049 de 12/02/09	2008	\$736.312	18/02/2009	43	Colfondos 12/02/2009 FF. 44 - 46
Resolución 000067 de 09/02/10	2009	\$1.035.591	12/02/2010	49	Colfondos 12/02/2010 FF. 52, 54 y 85
Resolución 000119 de 14/02/11	2010	\$1.077.838	18/02/2011	57	Colfondos 14/02/2011 FF. 59 y 60
Resolución 000104 de 10/02/12	2011	\$1.112.725	13/02/2012	62	Davivienda 14/02/12 FF. 63 y 67
Resolución 000038 de 07/02/13	2012	\$1.159.614	13/02/2013	70	Davivienda 07/02/13 FF. 71 y 72

50. Así mismo, se observa la constancia expedida por el representante de servicio de Colfondos Pensiones y Cesantías de 16 de abril de 2014⁴⁴. Las operaciones efectuadas por la Contraloría General del Atlántico son las siguientes:

⁴⁴ Folio 85 del expediente.

Movimiento	Fecha	Valor
Consignación	12/02/2009	736.312,00
Consignación	12/02/2010	1.035.591,00
Consignación	14/02/2011	1.077.838,00
Consignación	14/02/2012	1.112.725,00
Consignación	07/02/2013	1.159.614,00
Consignación	13/02/2014	1.266.256,00

51. De acuerdo con la valoración probatoria de la documental que obra en el expediente, se acreditó que para las anualidades objeto de la *litis* – 2008 a 2012, la Contraloría General del Atlántico, en atención al régimen anualizado que cobija a la actora, cumplió la obligación legal de consignar en dichas vigencias fiscales, antes del 15 de febrero al año siguiente en que se causó, el valor liquidado y reconocido por concepto de cesantía, a través de cada una de las resoluciones expedidas, de conformidad con lo establecido en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990⁴⁵.

52. Ahora bien, la impugnante adujo que si bien se consignaron las cesantías antes del vencimiento del término, al liquidarse con base en un salario desajustado y sin la aplicación de los factores salariales correspondientes, se causó la sanción moratoria.

⁴⁵ “Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

[...]

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. **El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.** (Negritas y resaltado fuera del texto original).

54. Al respecto la Subsección precisa que conforme a la norma en cita, tal como se expuso en el acápite precedente, la sanción moratoria prevista en el régimen especial del auxilio de cesantía, se causará a cargo del empleador que ***incumpla la obligación de consignar el valor liquidado por la anualidad o la fracción correspondiente con anterioridad al 15 de febrero del año siguiente en la cuenta individual del empleado en el fondo administrador.***

55. En segundo lugar, la actora refiere sentencias, en las cuales esta Corporación⁴⁶ accedió al reconocimiento de la sanción moratoria, por cuanto se “[...] debieron tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados [...]”⁴⁷, por lo que se ordenó la reliquidación y se condenó a dicha penalidad de carácter económico, a diferencia del caso concreto, en el que no se demostró que la entidad haya efectuado la liquidación de las cesantías, sin tener en cuenta alguno de los factores legales para el efecto, como quiera que la entidad sí incluyó la asignación básica salarial; luego, se trata de una situación fáctica y jurídica que no se acompasa en proporción de igualdad a la *causa petendi* del presente asunto, pues lo que acaeció fue un ajuste o nivelación salarial correspondientes a las anualidades de 2001, 2003 y 2004.

56. Igualmente, es necesario señalar que contrario a lo aducido por la parte actora, tal como lo estableció la sentencia de unificación CE-SUJ2 No. 004 de 2016⁴⁸, **la sanción moratoria no es accesoria a la prestación social – cesantías**, pues si bien se causan en torno a ella, no dependen directamente

⁴⁶ Sentencia de 7 de noviembre de 1996. Exp. 11576.; sentencia de 7 de marzo de 2013. Rad. 1381-2012 C.P. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

⁴⁷ Folio 212.

⁴⁸ Rad. 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero.

de su reconocimiento o en este caso, de un ajuste de la asignación salarial base de liquidación de la prestación social, pues su origen es excepcional y tiene lugar por disposición de la ley a título de correctivo pecuniario por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación del valor correspondiente por el auxilio causado en cada anualidad, tiene como finalidad penalizar a las entidades que incurran en mora, en atención a la importancia de dicho emolumento, según lo señalado por la Corte Constitucional⁴⁹.

57. Así las cosas, al no existir una infracción de la norma jurídica por parte de la entidad empleadora, no puede generarse la consecuencia o efecto, al encontrarse acreditado que no se generó la conducta que da lugar a imponer dicha sanción.

58. Por consiguiente, la Sala no evidencia que se haya incurrido en infracción del ordenamiento jurídico superior y en tal sentido, se mantiene incólume la presunción de legalidad que reviste al acto administrativo acusado o la infracción de las normas en que debía fundarse, por cuanto la demandante no acreditó la falsa motivación de la decisión controvertida, esto es, que los fundamentos fácticos que el funcionario tuvo en cuenta para resolver la reclamación en realidad no existieron o efectuó una errada interpretación de los mismos.

59. En consecuencia, la Sala con fundamento en los argumentos expuestos confirmará la sentencia de 15 de diciembre de 2015 proferida por el Tribunal

⁴⁹ Sentencia C-448 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Administrativo del Atlántico – Sala de Decisión Oral A, que negó la sanción moratoria pretendida por la señora Caroll Biviana Patiño Lombana, pero por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

60. En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 15 de diciembre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico – Sala de Decisión Oral A, en tanto negó las pretensiones de la demanda presentada por la señora Caroll Biviana Patiño Lombana.

SEGUNDO: Por Secretaría de la Sección Segunda, devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER