



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., primero (1) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación No. 08001-23-33-000-2014-00376-01 (1527-2016)

Actor: ALECYS CECILIA ORTIZ ORELLANO

**Accionado: DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO, CONTRALORÍA
GENERAL DEL DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO**

**Asunto: Fallo ordinario Ley 1437/2011 - SANCIÓN MORATORIA
SO. 0040**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de 15 de julio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora Alecys Cecilia Ortiz Orellano en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, pidió la nulidad del acto administrativo contenido en Oficio 01113713 de 6 de noviembre de 2013, expedido por el Contralor Departamental, mediante el cual se le negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago incompleto de sus cesantías.

A título de restablecimiento del derecho solicitó, que se le reconozca y pague la sanción moratoria contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990¹ y la del artículo 2 de la Ley 244 de 1995² por cada día de mora en el pago total del auxilio de cesantías de los años 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012 hasta el día que se realice la cancelación por esos conceptos.

¹ Cesantías anuales.

² Cesantías definitivas.

Que la sentencia sea proferida de conformidad con los artículos 187, 189 y 192 del CPACA y se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada. (ff. 1 a 13).

HECHOS

La señora Alecys Cecilia Ortiz Orellano prestó sus servicios en la Contraloría General del Departamento del Atlántico en el cargo de «Profesional Universitario, Código 219, Grado 09, desde el día 4 de septiembre de 2006, hasta el 17 de diciembre de 2008 y nombrado (sic) nuevamente sin solución de continuidad, el 18 de diciembre de 2008, en cargo de Contralor Auxiliar, código 035, grado 03, hasta el 4 de enero de 2012» (f. 3).

Sostuvo que la Contraloría General del Departamento del Atlántico dejó de ajustar y/o aplicar el porcentaje de aumento legal a la asignación salarial correspondiente a cada uno de los cargos incorporados en su planta de personal durante los años 2001, 2003 y 2004, lo anterior debido a que quienes representaba la entidad en dichos años no presentaron a la Asamblea Departamental el correspondiente proyecto de ordenanza que fijara las asignaciones civiles para los cargos de la entidad en cada una de esas vigencias.

En el mismo sentido expuso que desde el mismo momento en que la señora Alecys Cecilia Ortiz Orellano prestó sus servicios a la Contraloría General del Departamento del Atlántico el salario cancelado venía desajustado de conformidad con el que realmente debía percibir.

El Gobernador del Atlántico solicitó en el año 2009 a la asamblea departamental, facultades especiales para suscribir un programa de saneamiento fiscal en el cual se incluirían varias entidades del orden departamental, entre ellas, la Contraloría General del Departamento del Atlántico.

Mediante Ordenanza 000077 de 2009 de 22 de diciembre de 2009 se le otorgó la aludida facultad, por consiguiente, suscribió un programa de saneamiento fiscal el 30 de diciembre de 2009 y posteriormente expidió el Decreto 000504 de 2010, «en el cual se ordenó el pago de retroactivo y

demás acreencias laborales a trabajadores y ex trabajadores de la Contraloría Departamental comprendidos entre el año 2001 y 2010» (f. 3).

Por lo tanto, como quiera que los salarios pagados a la demandante no corresponden con el verdadero salario que debió devengar desde el mismo momento de su posesión, la Contraloría General del Departamento del Atlántico tomó como base para liquidar el auxilio de cesantías anualizadas y definitivas una base salarial desajustada parcial, razón por la cual hay lugar al reconocimiento y pago de las sanciones moratorias establecidas en las Leyes 244 de 1995 y 344 de 1996.

Para finalizar dijo que interpuso derecho de petición a la Contraloría Departamental del Atlántico, solicitando el pago de la sanción moratoria contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990³ y la del artículo 2 de la Ley 244 de 1995⁴, sin embargo, mediante Oficio 01113713 de 6 de noviembre 2013, proferido por la entidad accionada se le negó lo reclamado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Invocó la parte demandante como normas violadas las siguientes disposiciones:

Constitucionales: artículos 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 53 y 209.

Legales: Ley 6 de 1945 artículo 17; Ley 50 de 1990 artículos 99, 102 y 104; Ley 4 de 1992 artículo 4; Ley 244 de 1995 artículo 2; Ley 344 de 1996 artículo 13; Ley 734 de 2002 artículo 33 numerales 1, 9 y 10; Decreto 1042 de 1978 artículo 59; Decreto 1582 de 1998 artículo 1; Decreto 1919 de 2002 artículo 1 y Ley 1437 de 2011 artículos 10 y 137.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN DE LAS NORMAS INVOCADAS:

Manifestó que el acto demandado negó lo solicitado bajo fundamentos que se alejan de la realidad, señalando que las cesantías fueron liquidadas y pagadas de manera oportuna de conformidad con la escala salarial correspondiente a cada periodo, igualmente señaló que existe cosa juzgada,

³ Cesantías anuales.

⁴ Cesantías definitivas.

toda vez, que la parte actora impetró acción de nulidad y restablecimiento del derecho en donde se pidió la reliquidación de salarios y prestaciones sociales que fue fallada en su favor.

La Contraloría General del Departamento del Atlántico no realizó el reajuste legal a las asignaciones salariales correspondientes a los cargos de su planta de personal, por lo tanto, la base para liquidar y pagar el auxilio de cesantías anualizadas y definitivas de la demandante no se realizó en legal forma, por cuanto se encontraba desajustada.

Dado lo anterior, la entidad accionada tiene que reconocer y pagar la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de mora en el pago total de auxilio de cesantías anualizadas de los años 2008 a 2012, de conformidad con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable por disposición del artículo 13 de la Ley 344 reglamentada por el Decreto 1582 de 5 agosto de 1998.

También manifestó que con la expedición del acto demandado se vulneró la Constitución Política, ya que desconoció el derecho al trabajo y las normas aplicables al caso. Igualmente se omitió el deber de aplicación uniforme de la jurisprudencia.

Para finalizar señaló como causales de nulidad del acto demandado las siguientes: i) infracción de las normas en que deberían fundarse, ii) expedición de forma irregular, iii) emisión del acto mediante falsa motivación, y iv) fue expedido con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Tanto la Contraloría General del Departamento del Atlántico como el Departamento del Atlántico dieron contestación a la demanda.

➤ La apoderada de la **Contraloría General del Departamento del Atlántico** en su escrito de contestación de demanda (ff. 64 a 88), expuso que se opone a las pretensiones de la accionante, debido a que no se configuran los presupuestos para la sanción moratoria.

Como primera medida, aclara que existe una confusión por parte del apoderado de la señora Alecys Cecilia Ortiz Orellano en relación a la sanción por falta de pago de las cesantías y por la no consignación de estas, puesto que a pesar de que en el acápite de pretensiones reclama la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, en el acápite de pretensiones de la demanda hace mención a las cesantías definitivas de la Ley 244 de 1995.

Posteriormente narra, que existe indemnización derivada de la falta de consignación antes del 15 de febrero en un fondo, por la cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre (artículo 99-3 de la Ley 50 de 1999), con la que surge frente a la falta de pago de dicha prestación a la terminación de la relación legal o reglamentaria, ya que una vez que se presenta ese hecho y la administración no consigna oportunamente la cesantía que adeuda, se le deberá cancelar a título de indemnización la sanción prevista en la Ley 244 de 1995.

A su juicio el Oficio 01113713 de 6 de noviembre de 2013 (acto acusado) goza de presunción de legalidad, siendo expedido de acuerdo con el ordenamiento jurídico y ciñéndose a los postulados de la buena fe. En donde se le dijo a la señora Alecys Cecilia Ortiz Orellano que: i) se le realizaron las respectivas liquidaciones anuales de sus cesantías dentro del término establecido en el artículo 99-3 de la Ley 50 de 1990, ii) que respecto a cada uno de los actos administrativos mediante los cuales se le reconoció y ordenó el pago de las cesantías anualizadas nunca interpuso recurso alguno, iii) como la sanción prevista en dicha norma se aplica por la extemporaneidad en la consignación de las cesantías anualizadas, y la entidad sí cumplió con ese deber de consignar el valor correspondiente en su cuenta individual, y que por lo tanto no había lugar a acceder a su petición.

Como quiera que lo solicitado en el derecho de petición correspondía a la sanción moratoria establecida en el artículo 99-3 de la Ley 50 de 1990, y ella se produce a partir del día siguiente a aquél en que se incumple con el deber de consignar el valor que corresponda en la cuenta individual del trabajador, y la Contraloría General del Departamento del Atlántico consignó dentro del término las respectivas cesantías, no hay lugar a lo solicitado en la demanda.

Aunado a lo anterior, contó que mediante la Resolución 000015 de 3 de mayo de 2013 el Contralor General del Departamento del Atlántico estableció la nivelación salarial de los cargos de empleados de esa entidad, dentro de los cuales se encuentra el de la demandante.

Como excepciones previas señaló la cosa juzgada, caducidad de la acción e inepta demanda, y de fondo, la prescripción extintiva del derecho.

➤ La apoderada del **Departamento del Atlántico** contestó la demanda (ff. 163 a 169), manifestando que se opone a las pretensiones de la accionante, toda vez, que el acto acusado fue expedido de conformidad con la ley y la Constitución Política.

Afirmó que el Departamento del Atlántico no le corresponde asumir la condena en nombre de la Contraloría del Departamento del Atlántico, y considera que esta última canceló los auxilios de cesantías tomando como base los salarios correspondientes para cada periodo, por lo tanto no existió la aludida sanción reclamada.

Como excepciones planteó: la cosa juzgada, inexistencia de la obligación, inexistencia del vínculo legal o reglamentario entre el departamento del Atlántico y la demandante, prescripción extintiva del derecho y la genérica e innominada.

Solicitó que se nieguen las súplicas de la demanda.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Atlántico – Sala de Decisión «A» mediante providencia de 15 de julio de 2015 negó las pretensiones de la demanda (ff. 202 a 217).

Luego de realizar un minucioso recuento normativo y de analizar las pruebas allegadas al proceso, precisó que la demandante se vinculó con posterioridad al 31 de diciembre de 1996, el régimen de cesantías que le es aplicable es el de liquidación definitiva anual de cesantías, creado por la Ley 50 de 1990 el

cual incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador. De esta manera, le es aplicable el régimen de la Ley 344 de 1996 que se reglamenta por el Decreto 1285 de 1998.

Encontró en el expediente copia de las resoluciones mediante las cuales se le reconoció y canceló las cesantías parciales, al igual que la constancia de consignaciones al fondo de cesantías correspondiente a las anualidades señaladas en la demanda y por la totalidad de los valores reconocidos.

Concluyendo de lo anterior, que las cesantías de la señora Alecys Cecilia Ortiz Orellano para los años laborados en la Contraloría Departamental del Atlántico fueron reconocidas y consignadas de manera oportuna al fondo privado administrador de cesantías respectivas, resulta entonces que la accionante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria solicitada.

Añadió que «Considera la Sala, que no le asiste razón al (sic) demandante cuando afirma que hubo un pago parcial o incompleto de sus respectivos auxilios de cesantías, pues, el valor consignado correspondía a la asignación salarial, lo cierto es que la administración no podía suponer para el momento de la consignación cual sería, por lo que reconocimiento de los valores se hizo teniendo en cuenta como ya se dijo la asignación salarial que percibía para la fecha en que fueron liquidadas sus auxilios de cesantías y debidamente consignados al fondo privado de cesantías» (f. 214).

En cuanto a la sanción moratoria del artículo 2 de la Ley 244 de 1995 no se configuró, ya que el pago de sus cesantías definitivas le fue cancelado tal como lo expresa la parte actora en el hecho quinto de su demanda.

Por todo lo anterior no accedió a las súplicas de la demanda.

APELACIÓN

El apoderado de la señora Alecys Cecilia Ortiz Orellano interpuso el recurso de alzada (ff. 223 a 236), esbozando básicamente lo expuesto en la demanda.

En efecto, la demandante reiteró en la apelación que tiene derecho a la sanción moratoria conforme a la Ley 244 de 1995 y a Ley 50 de 1990 (art.99), toda vez que consideró que existió un pago parcial de sus cesantías, al haber un incremento retroactivo en su salario, que influenció en lo que realmente debió percibir en el monto de sus cesantías, y por tal razón se debe revocar la sentencia apelada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Solamente la Contraloría del Departamento del Atlántico hizo uso del término para alegar de conclusión.

La apoderada de la **Contraloría del Departamento del Atlántico** en su escrito de alegatos de conclusión (ff. 268 a 271) refirió a que los argumentos aludidos por la parte demandante no son de recibo, por cuanto la naturaleza del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1999 no puede ser descontextualizado, toda vez que el pago realizado fue el correcto y dentro del término que estableció la ley.

Frente al acto demandado dice que no fue proferido con falsa motivación, desviación de poder, ni expedido de manera irregular, ni desconoció la Constitución y la ley.

Por lo anterior, pidió que sea confirmada la sentencia recurrida.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El agente del ministerio público mediante concepto número 144 de 12 de julio de 2017 (ff. 172 a 280) aseveró después de hacer un recuento normativo frente al caso, que la señora Alecys Cecilia Ortiz Orellano no tiene derecho a lo solicitado en la demanda.

Y para fundamentar lo anterior trajo a colación apartes de varias providencias del Consejo de Estado en donde se falló sobre el tema en casos similares al presente, en donde no se concedieron las súplicas de la demanda.

Por ello solicitó que se confirme la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

El problema jurídico consiste en establecer si la señora Alecys Cecilia Ortiz Orellano tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 y la de la Ley 244 de 1995 solicitada en su demanda, por considerar que recibió un pago parcial del auxilio de cesantías, dado a que la Contraloría General del Departamento del Atlántico realizó una nivelación salarial que presuntamente no fue tomada en cuenta.

Cuestión previa

Sobre el régimen de cesantías aplicable a los empleados públicos territoriales.

Se tiene que la Ley 6 de 1945 en su artículo 17 estableció que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, gozarían, entre otras prestaciones, de un auxilio de cesantías, a razón de un mes de sueldo o jornada por cada año de servicio, para lo cual solamente se tendría en cuenta el tiempo de servicio prestado después del 1 de enero de 1942.

Luego, mediante el Decreto 2767 de 1945 se determinaron las prestaciones sociales de los empleados departamentales y municipales; el artículo 1 del mencionado decreto les hizo extensivas las prestaciones consagradas por el artículo 17 de la Ley 6 de 1945; lo cual incluyó el auxilio de cesantías. En el artículo 6 ibidem, se establecieron las situaciones que se tendrían como despido para efectos de la liquidación del referido auxilio.

A su turno, la Ley 65 de 20 de diciembre de 1946 modificó las disposiciones sobre cesantías y el artículo 1 extendió dicho beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios. El Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946 estableció normas sobre prestaciones a favor de los empleados oficiales, y definió los parámetros para la liquidación de cesantías.

Posteriormente, el Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947 consagró el mismo derecho para los empleados al servicio de la Nación de cualquiera de las ramas del poder público, sin importar si se encontraban inscritos en carrera administrativa o no, y sea cual fuera la causa de su retiro.

Igualmente, la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996, en el artículo 13 dispuso que, a partir de su publicación, o sea, el 31 de diciembre de 1996, las personas que se vinculen a las entidades del Estado, tendrán un régimen anualizado de cesantías, mediante la cual, la liquidación definitiva de las mismas debe realizarse el 31 de diciembre de cada año.

Más adelante, se profirió el Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998, reglamentario de la Ley 344 de 1996, que hizo extensivo el régimen anualizado de cesantías para los empleados públicos del nivel territorial, y estableció que el régimen de los vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se hubieren afiliado a un fondo de cesantías sería el establecido en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990.

Así mismo la «**Ley 50 de 1990 en el artículo 99, expresamente constituye el régimen anualizado de liquidación de cesantías** cuando en su numeral 1º señaló, que “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**”. En el numeral 2º, ordenó la cancelación de los intereses legales del 12% anual o proporcional por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente. En su numeral 3º, **fijó la sanción moratoria** cuando no se efectúe de manera oportuna la consignación del auxilio en el fondo privado en el que se encontrara afiliado el trabajador, que consiste en el pago de un día de salario por cada día de retardo. Y, en el numeral 4º, dispuso que **cuando se termina la relación laboral y existan saldos de cesantías a favor del trabajador que no haya sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.**»⁵

Caso en concreto

⁵ Sentencia de 29 de enero de 2015. Consejo de Estado. Sección Segunda – Subsección «A». Expediente número 70001-23-33-000-2012-00053-01 (0613-14). Actor: Alonso Emiro Rengifo Lobo. Demandado: Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación de Sincelejo -IMDER-.

Se evidencia en el expediente que la demandante se vinculó con la Contraloría General del Departamento del Atlántico en el cargo de profesional universitario código 219 grado 09, **el día 4 de septiembre de 2006** según documento obrante a folio 29 del expediente.

Se tiene que a folios 15 a 25 se encuentra la solicitud por parte de la accionante de 16 de octubre de 2013 a la entidad demandada, consistente en que se le consignen las cesantías causadas desde 2002 hasta el año 2012, al igual que la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las mismas por ser estas parciales.

Se halla repuesta negativa por parte de la Contraloría Departamental del Atlántico de 6 de noviembre de 2013 número 01113713 (ff. 26 a 28), mediante la cual se le indicó que se le cancelaron las respectivas cesantías en el fondo correspondiente que respecto al pago de la citada prestación se hace necesario aclarar que no hubo pago parcial o incumplimiento de la misma por parte de la entidad, además que si no estaba de acuerdo con la liquidación del auxilio de cesantías debió acudir a las acciones administrativas correspondientes que la ley otorga.

Ahora bien, de conformidad con las pruebas existentes en el expediente se estableció para la Sala que la señora Alecys Cecilia Ortiz Orellano es beneficiaria del régimen establecido en la en la Ley 50 de 1990 por cuanto se vinculó con posterioridad al 31 de diciembre de 1996 y le es aplicable la Ley 344 de 1996 que se reglamenta por el Decreto 1285 de 1998.

También se aprecian las a folios 100 a 155 y de 124 a 161 los documentos y resoluciones en donde se le reconoció el pago de las cesantías parciales y definitivas a la demandante, como las consignaciones al fondo de cesantías de los años 2007 a 2012, por la totalidad de los valores allí reconocidos.

Esta Corporación ya se había pronunciado sobre la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 en un caso similar al respecto, mediante sentencia de 30 de marzo de 2017 en donde se dijo que:

«Sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 para el régimen anualizado de cesantías.

El régimen de liquidación anualizado del auxilio de cesantías previsto en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990⁶, extendido únicamente a los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 y que se afilien a los fondos privados⁷, contempló la sanción por mora a razón de un día de salario por cada día de retardo en el evento en que el empleador incumplía la obligación de consignar antes del 15 de febrero de cada año, el valor correspondiente a la liquidación del auxilio anual (31 de diciembre) definitiva de cesantía por la anualidad o fracción correspondiente⁸.

La Sección Segunda de esta Corporación mediante la sentencia de 25 de agosto de 2016⁹, también unificó los diversos criterios jurisprudenciales existentes en relación con la sanción que contempla el régimen anualizado, en aras de proteger al empleado cesante afectado con el incumplimiento de la entidad pública morosa. En suma, la providencia unificó los siguientes aspectos:

- La sanción moratoria se causa a partir del incumplimiento por parte del empleador de consignar de manera anualizada el auxilio de cesantías dentro del término legal (14 de febrero de cada vigencia fiscal), al considerar los siguientes aspectos: i) el empleador debe entregar al trabajador un certificado sobre la cuantía de la liquidación realizada con corte al 31 de diciembre de cada año, y además, los fondos administradores de cesantías están en la obligación de informar al afiliado los saldos de su cuenta individual; y ii) la posición jurisprudencial¹⁰ que sostenía la exigibilidad de la obligación a partir de la terminación del vínculo laboral imponía al empleador una carga adicional, en tanto el empleado público podía reclamar porciones afectadas por el fenómeno extintivo de la prescripción. Al respecto, consideró:

“(…) 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*

⁶ “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

⁷ De conformidad con el Decreto 1582 de 1998 reglamentario de los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998.

⁸ “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. (...)”.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016. Rad. 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). C.P.: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁰ Ver entre otras: i) Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 21 de mayo de 2009. Expediente 2070-07, C.P.: Dr. Gerardo Arenas Monsalve; ii) De la Subsección A, sentencia de 15 de septiembre de 2011, C.P.: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Rad: 2005-09; iii) De la Subsección B, sentencia de 9 de mayo de 2013, C.P.: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Rad: 1219-2012; iv) De la Subsección A, sentencia de 20 de noviembre de 2014, C.P.: Dr. Alfonso Vargas Rincón, Rad: 3404-13; v) De la Subsección A, sentencia de 22 de enero de 2015, C.P.: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad: 2924-2013.

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.

Por ende, es a partir de que se causa la obligación -sanción moratoria- cuando se hace exigible, por ello, desde allí, nace la posibilidad de reclamar su reconocimiento ante la administración, pero si la reclamación se hace cuando han transcurrido más de 3 años desde que se produjo el incumplimiento, se configura el fenómeno de prescripción, así sea en forma parcial.

La anterior interpretación además es consecuente con el hecho de que de conformidad con lo previsto en el inciso 1¹¹ del artículo 104 de la Ley 50 de 1990, el empleador debe entregar al trabajador un certificado sobre la cuantía de la liquidación realizada con corte a 31 de diciembre de cada año, y teniendo en consideración que los Fondos administradores de cesantías están en la obligación de informar al afiliado, los saldos de su cuenta individual.

Con fundamento en lo anterior, **se puede afirmar que si el empleado conoce la liquidación anual que efectúa el empleador y el saldo de su cuenta individual de cesantías, forzoso es concluir que tiene conocimiento del hecho mismo de la consignación anualizada o la omisión de la misma por parte de su empleador, lo que implica que tiene conocimiento de que este ha incurrido en mora y por tal motivo se impone a su cargo la obligación de reclamarla oportunamente, so pena de que se aplique en su contra el fenómeno de la prescripción.**

Corolario de lo expuesto, **la Sala unifica el criterio de que la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación anualizada de cesantías, debe realizarse a partir del momento mismo en que se causa la mora,** so pena de que se aplique la figura extintiva respecto de las porciones de sanción no reclamadas oportunamente. (...)” (Resaltado fuera del texto original).

- La sanción por mora no es accesoria al auxilio de cesantías, puesto que al hacer parte del derecho sancionador cuya finalidad es penalizar económicamente al empleador que incurra en retardo¹², es susceptible de prescripción. Al respecto, debe aplicarse el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral antes citado y no el término prescriptivo contemplado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, los cuales se predicán de los derechos allí contemplados, entre los cuales no se reguló la sanción aludida cuya creación tuvo lugar con la expedición de la Ley 50 de 1990. Sobre este punto, la Sección Segunda señaló al tenor, lo siguiente:

Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las

¹¹ "Artículo 104º.- De las liquidaciones de cesantía que se efectúen el 31 de diciembre de cada año el empleador deberá entregar al trabajador un certificado sobre su cuantía..."

¹² Al respecto citó: Corte Constitucional. Sentencia C-448 de 1996.

cesantías en el término que la ley concede, **no son accesorios¹³ a la prestación "cesantías"**.

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, **no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.**

Como hacen parte del derecho sancionador¹⁴ y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, (...)" (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

En ese orden de ideas, por disposición legal y en virtud del criterio unificador de la Sección Segunda de esta Corporación mediante sentencia de 25 de agosto de 2016, se establece que la exigibilidad de dicha sanción tiene lugar a partir del momento en que el empleador incumple el deber de consignar el valor correspondiente a la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente en la cuenta individual del trabajador dentro del plazo legal (antes del 15 de febrero del año siguiente a aquél en que se causó la prestación) y tiene lugar hasta el momento en que la entidad cumpla su deber legal, se produzca su pago efectivo o finalice el vínculo laboral.»¹⁵

Es pertinente señalar que para esta Sala, en el presente caso, no se configuraron las sanciones deprecadas por la parte demandante, toda vez, que en la normatividad no se encuentra previsto sanción moratoria para pagos tardíos de nivelaciones salariales.

Es decir los pagos retardados de nivelaciones salariales, no constituyen un hecho generador de la sanción moratoria señalada, por cuanto la misma se

¹³ Tal indemnización no tiene el carácter de accesorio a las cesantías, como pasa a precisarse en esta providencia, a pesar de que en diversas providencias, se le haya dado tal connotación; ver, entre otras, el auto de 21 de enero de 2016, radicación número: 27001-23-33-000-2013-00166-01(0593-14).

¹⁴ En sentencia C-448 de 1996, la Corte Constitucional consideró que esta sanción "busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora..."

¹⁵ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección «B» Radicación: 08001233300020140033201 número interno: 3815-2015. Actor: Juan Carlos Torres Trillos. Demandados: Departamento del Atlántico. Contraloría del Atlántico.

predica, cuando efectivamente se tiene una certeza que existió un retardo en el pago de las cesantías conforme a la liquidación vigente al momento de su causación.

De conformidad con todo lo anterior la Sala concluye que como en el presente caso existió el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías parciales y definitivas a la demandante, con base en los salarios y prestaciones vigentes al momento de la causación de los mismos, por la totalidad de los periodos 2007 a 2012, no proceden las súplicas de la demanda frente a esta pretensión.

Con relación a la solicitud atinente a la mora prevista en la Ley 244 de 1995, se tiene que esta no es de recibo, por cuanto a la accionante se le canceló en tiempo la totalidad de sus cesantías definitivas mediante Resolución 00053 de 2012 (f. 107).

Por lo tanto, esta pretensión no prospera.

Condena en costas

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias en derecho¹⁶, los llamados en el CPACA gastos ordinarios del proceso¹⁷ y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y de secuestres, transporte del expediente al superior en caso de apelación.

Tiene previsto el artículo 188 ídem que «salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil», hoy día por el Código General del Proceso.

¹⁶ Artículo 361 del Código General del Proceso.

¹⁷ Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 íb.

Lo anterior permite establecer unas conclusiones básicas sobre las costas:

- a) La legislación varió del Código de Procedimiento Civil al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para la condena en costas de un criterio subjetivo a uno objetivo;
- b) Toda sentencia "dispondrá" sobre costas, bien sea con condena total o parcial o con abstención;
- c) Se requiere que en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso);
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho se hará atendiendo el criterio de la posición en la relación laboral, pues varía según sea parte vencida, si es el empleador o si es el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura), la complejidad e intensidad de la participación procesal; y,
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas.

En orden a lo anterior, como la Contraloría General del Departamento del Atlántico sí presentó alegatos de conclusión, esta Sala de Decisión condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, quien resultó vencida en las resultas del proceso.

Como consecuencia de todo lo anterior, la sentencia apelada debe ser confirmada.

DECISIÓN

Por todo lo anteriormente expuesto y una vez analizadas las pruebas en conjunto como lo establece la sana crítica, esta Sala de Subsección procederá a **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Tribunal

Administrativo del Atlántico de 15 de julio de 2015, que negó las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

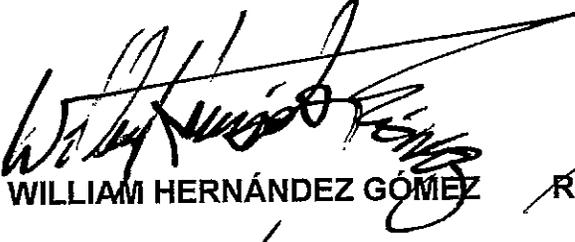
CONFIRMAR la sentencia de 15 julio de 2015, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico, que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

Se condena en costas en esta instancia a la parte demandante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 365 Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

