

CESANTIAS EMPLEADOS TERRITORIALES - Marco legal / SANCION MORATORIA - Reconocimiento / SANCION POR FALTA DE PAGO Y NO CONSIGNACION DE CESANTIAS - Diferencia / INDEXACION CESANTIAS - Procedencia

Atendiendo al marco legal de los empleados territoriales, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 estableció el nuevo régimen de cesantías anualizado y el sistema a aplicar para las personas vinculadas con el Estado, el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998, fue el que trajo consigo la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable a partir de la entrada en vigencia de dicho decreto. El numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 previó como sanción moratoria un día de salario por cada día de retardo, pero en el evento en que el empleador no consigne la cesantía definitiva por la anualidad o fracción correspondiente antes del 15 de febrero del año siguiente en el fondo que el trabajador eligió. En aras de mayor claridad frente a la confusión presentada por la parte actora en relación a la sanción por falta de pago de las cesantías y por la no consignación de las mismas, es importante esclarecer que existe diferencia entre la 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, 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 este hecho, esto es, cuando el trabajador se retira del servicio por cualquier causa y la administración no consigna oportunamente la cesantía que adeuda, deberá cancelar a título de indemnización la sanción prevista en la Ley 244 de 1995. Así las cosas, a pesar de la naturaleza sancionatoria de una y otra indemnización, las situaciones que gobiernan son distintas, la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 se genera por la no consignación oportuna de la cesantía que se paga anualizada, y la segunda, la prevista en la Ley 244 de 1995 se genera por el no pago de la cesantía al momento del retiro del servicio. Es decir, que la segunda de las sanciones será pagadera hasta el momento en que el trabajador se retira del servicio, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios a que tenga derecho. La indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995.

FUENTE FORMAL: LEY 50 DE 1990 - ARTICULO 99 / LEY 344 DE 1996 - ARTICULO 13 / DECRETO 1582 DE 1998 - ARTICULO 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá, D.C., cinco (5) de agosto de dos mil diez (2010)

Radicación número: 08001-23-31-000-2008-00394-01(1521-09)

Actor: AMINTA ELENA GALVIS BALDOVINO

Demandado: DISTRITO DE BARRANQUILLA - PERSONERIA DISTRITAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 11 de diciembre de 2008, por la cual, el Tribunal Administrativo del Atlántico, negó las pretensiones de la demanda formulada por AMINTA ELENA GALVIS BALDOVINO contra el Distrito de Barranquilla, Personería Distrital de Barranquilla.

LA DEMANDA

AMINTA ELENA GALVIS BALDOVINO en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo del Atlántico declarar la nulidad de los siguientes actos:

- Oficio No. OAJ0424/08 de 22 de febrero de 2008 proferido por la Alcaldía Distrital de Barranquilla, que le negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.
- Oficio de 30 de noviembre de 2007, expedido por la Personería Distrital de Barranquilla, que certificó aspectos referidos a la vinculación y cesantías de la actora.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a los demandados a:

- Reconocer y pagar la sanción moratoria, desde la fecha en que debieron pagarse las cesantías hasta la fecha en que se efectúe el pago de las mismas.
- Dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

- Actualizar la condena de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A.
- Pagar las costas del proceso.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

Ingresó como Asesora Código 105, Grado 25 en la Personería Distrital de Barranquilla mediante Resolución No. 049 del 2 de enero de 2004.

Para el año de 2004 percibió un salario mensual promedio de \$3.148.108.

El 14 de noviembre de 2007 solicitó al Personero Distrital de Barranquilla el reconocimiento y consignación de su auxilio de cesantías correspondientes al año 2004 y la indemnización moratoria de conformidad con la Ley 244 de 1995, como consecuencia del no pago oportuno de sus cesantías.

En respuesta a la petición anterior el Personero Distrital manifestó que quien debía pagarlas era el Alcalde del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla.

Nuevamente efectuó el requerimiento el 17 de diciembre de 2007 ante la Alcaldía Distrital de Barranquilla.

Mediante Oficio del 22 de febrero de 2008, el Distrito de Barranquilla respondió la solicitud arguyendo que las prestaciones exigidas debían ser ordenadas por autoridad judicial.

LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 11, 13, 23, 25, 29, 31, 53, 90, 125 y 345.

Del Código Contencioso Administrativo, los artículos 54, 85, 206 y ss, 176, 177, y 178.

De la Ley 244 de 1995, el artículo 2º.

El Decreto 0366 de 2004.

El Acuerdo 004 de 2004.

Considera la actora que con los actos acusados las entidades demandadas vulneraron las normas citadas, por cuanto:

Los actos acusados desconocieron los preceptos consagrados en la Ley 244 de 1995, en especial a lo que se refiere al no pago oportuno de las cesantías y demás acreencias laborales.

El derecho al reconocimiento de los salarios moratorios se genera *ipso jure*, por la mora en el pago de las cesantías.

La Administración violó lo dispuesto en el Acuerdo 004 y el Decreto 0366 de 2004, que prevé que corresponde a la Alcaldía Distrital con cargo a su presupuesto cubrir los gastos propios de la nómina y a la Personería la aplicación de las normas administrativas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Distrito de Barranquilla y la Personería Distrital acudieron oportunamente a dar contestación a la demanda, oponiéndose en su escrito a todas y cada una de las pretensiones propuestas, con los siguientes argumentos (Fls. 86 a 92 y 105 a 108):

El Distrito de Barranquilla.

En el evento de tener derecho la demandante en su pretensión es la Personería Distrital quien debe responder por la supuesta mora en el pago de las cesantías, toda vez que es la entidad competente en liquidar a sus funcionarios y gestionar el pago oportuno de sus prestaciones sociales.

Teniendo en cuenta que los hechos y omisiones alegados por la parte demandante no provienen del Distrito de Barranquilla sino de la Personería Distrital en ejercicio de su autonomía administrativa y presupuestal.

La actora no agotó vía gubernativa ante el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, como quiera que de conformidad con el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo el agotamiento de la vía gubernativa es un

presupuesto esencial de la acción contenciosa administrativa, entonces se debe proferir un fallo inhibitorio.

La Personería Distrital de Barranquilla

Si se ha llegado al incumplimiento en el pago de las prestaciones sociales, debe procederse al efectivo pago de las mismas, y el juez podrá ordenar su pago con la indexación o corrección monetaria, pero ello no quiere decir, que necesariamente debe accederse a la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, por cuanto ya ha quedado claro que ésta no es automática, y por el contrario, deben verse los motivos por los cuales no fue posible cubrir oportunamente el pago de la obligación, en este caso, son de notorio conocimiento las difíciles circunstancias de pasivos y obligaciones pendientes por la que ha atravesado el Distrito, y que ha llevado a realizar acuerdo de reestructuración y aplicación de la Ley 550 de 1999.

La Personería Distrital reconoció y ordenó mediante Resolución motivada el pago de todas las prestaciones sociales que por ley le correspondían a la actora, y eso incluyó, cesantías, bonificaciones, vacaciones, prima de vacaciones y prima de navidad, sin embargo la obligación de hacer efectivo el pago de esas obligaciones reconocidas, no correspondía a la Personería Distrital, sino a la Alcaldía tal y como quedó establecido en el Acuerdo 004 de 2 de junio de 2004 y en el Decreto 0366 de noviembre de 2004.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la sentencia de 11 de diciembre de 2008, negó las súplicas de la demanda, con los siguientes argumentos (Fls. 175 a 205):

Por la naturaleza jurídica de la Personería Distrital es necesario que al proceso comparezca tanto ésta como el Distrito de Barranquilla. Por ello, la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva no está llamada a prosperar.

Como el Oficio OAJ 0424/08 decidió el fondo del asunto ventilado en la mencionada petición y zanjó la actuación administrativa iniciada por la demandante, tiene el carácter de acto definitivo y con él se entiende agotada la vía

gubernativa, por lo tanto, aquel era susceptible de ser demandado directamente ante esta jurisdicción, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 135 del C.C.A.

Se encuentra demostrado que a la demandante la cobija el sistema de Liquidación definitiva anual de cesantías, teniendo en cuenta que se vinculó a la Personería el 2 de enero de 2004, es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996 y del Decreto 1582 de 1998, y que optó por afiliarse al Fondo Privado de Cesantías Porvenir.

Con fundamento en el artículo 14 de la Ley 344 de 1996, se expidió el Decreto 1582 de 1998, el cual previó en el artículo 1º que los servidores públicos territoriales vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, tendrán por régimen de cesantías la normatividad contemplada en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes con la Ley 50 de 1990.

El artículo 99 de la Ley 50 de 1990 fijó en cabeza del empleador la obligación de consignar el valor liquidado anualmente por concepto de cesantía en el Fondo elegido por el Trabajador para tales efectos, antes del 15 de febrero del año siguiente.

Se advierte que dicha norma fue la que se invocó en sede administrativa como sustento de su petición de pago de la sanción moratoria, sin embargo, en la vía judicial la actora reclama el reconocimiento y pago de una sanción totalmente distinta, a saber, la prevista en el parágrafo del artículo segundo de la Ley 244 de 1995.

La demandante no cumple con las condiciones para efectuar el pago de la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995, esto es por el pago de las cesantías definitivas, por cuanto para que ésta se genere era necesario su retiro del servicio, y está demostrado en el proceso que al menos hasta cuando se presentó el interrogatorio de parte se encontraba vinculada a la personería sin solución de continuidad desde el 2 de enero de 2004.

Ahora bien, para las fechas en que la actora solicitó la consignación de sus cesantías correspondientes al año de 2004, no había iniciado el trámite exigido por la ley para el retiro de las cesantías parciales de esa anualidad.

Solo hasta el 19 de febrero de 2008, es decir, con posterioridad a la fecha en que presentó las peticiones que dieron lugar a la expedición de los actos impugnados, fue que solicitó el retiro de sus cesantías parciales correspondientes a los años de 2004 y 2007. El retiro de estas cesantías parciales fue autorizado 3 días después.

En consecuencia, como las circunstancias fácticas de la actora no se subsumen en ninguno de los dos supuestos que dan lugar a la indemnización moratoria, no hay lugar a la viabilidad de sus pretensiones.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante sustentó el recurso de apelación, interpuesto dentro de la oportunidad legal, contra la sentencia del *a quo* pidiendo su revocatoria, por las siguientes consideraciones (Fl. 210 a 214):

La sentencia C-197 del 7 de abril de 1999, de la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 137 del Código Contenciosos Administrativo, bajo la condición de que cuando el juez administrativo evidenciara la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demandada no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas en el concepto de violación.

La demanda introductiva del presente proceso persigue como pretensión principal, que las entidades demandadas consignen o paguen los salarios moratorios que le corresponden por ley a la actora, ya que estas no cumplieron con la obligación legal de pagar oportunamente las prestaciones sociales como es la cesantía.

El artículo 4 del Código de Procedimiento Civil dispone acerca de la interpretación de normas procesales, que el Juez deberá tener en cuenta que el objeto del procedimiento es la efectividad del derecho reconocido por la ley sustancial, precisamente aludiendo a la obligación que incumbe al juzgador de interpretar razonablemente la demanda con miras a desentrañar la intención del actor, en

orden a ubicar los hechos en la norma legal que clara e indudablemente resulta infringida, el cual, vistos los hechos y sus pruebas, deberá otorgar el derecho pretendido si a ello hubiere lugar.

El *a quo* niega las pretensiones de la demanda al considerar que la norma que sirvió como base para incoar la demanda no era la indicada, a pesar de que existe una declaración de la actora donde categóricamente manifiesta que no le consignaron las cesantías del año de 2004.

Es el Distrito quien debe consignar o pagar al fondo donde se encuentre afiliada.

Conforme al principio *iura novit curia* el juzgador tiene el deber de aplicar la ley vigente aunque ella no haya sido invocada en la demanda por la parte actora, es una labor autónoma que le corresponde como dispensador del derecho ante la realidad histórica que las partes demuestren.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico consiste en determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, por la consignación tardía de las cesantías correspondientes al año de 2004, o por el no pago de las cesantías del 2004.

Con el objeto de resolver el problema expuesto, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

- La Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, el 23 de abril de 2007 certificó:

*“El señor (a) GALVIS BALDOVINO AMINTA ELENA (...) se encuentra afiliada al **FONDO DE CESANTÍAS PORVENIR** con la empresa **PERSONERÍA DISTRITAL** (...). Los valores correspondientes a la acreditación del período 2004 que debieron consignarse el 14 de febrero de 2005 no aparecen consignados a la fecha”. (Fl. 13).*

- El 14 de noviembre de 2007 la actora solicitó al Personero Distrital de Barranquilla certificación sobre tiempo de servicios, e información sobre las

liquidaciones y valores de las cesantías anualmente consignadas, a que entidades fueron consignadas por los años de 2004 al 2007, y si en el evento de no haber sido consignadas indicar la razón (Fls. 9 y 10).

- El 30 de noviembre de 2007 la Personería Distrital de Barranquilla respondió su derecho de petición (i) manifestando en relación con las cesantías lo siguiente:

“Sueldo mensual devengado en cada uno de los años laborados, cesantías y Entidad administradora de cesantías en la cual han sido consignados dichos valores:

<i>Vigencia</i>	<i>Sueldo</i>	<i>Cesantías autorizadas</i>	<i>Fondo de cesantías</i>
<i>2004</i>	<i>\$3.148.108.00</i>	<i>\$3.355.901.00</i>	<i>Porvenir</i>
<i>2005</i>	<i>\$3.321.254.00</i>	<i>\$3.956.532.00</i>	<i>Porvenir</i>
<i>2006</i>	<i>\$3.454.104.00</i>	<i>\$4.680.139.00</i>	<i>Porvenir</i>

(...) que las cesantías correspondientes a la vigencia 2004 fueron remitidas a la Alcaldía Distrital para su pago. Igualmente las cesantías del 2005 y 2006, fueron remitidas a la Alcaldía Distrital para su pago, valores que usted solicitó autorización para retiro del fondo de cesantías, como consta en su hoja de vida”. (Fl. 11.)

- El 17 de diciembre de 2007 solicitó ante el Alcalde del Distrito de Barranquilla:

“Que se me reconozca la cancelación, o se me consigne al fondo de cesantías, al cual estoy afiliado o a mi cuenta de ahorro las cesantías correspondientes al período 2004-2005 y se me cancele la sanción moratoria que el retardo en el cumplimiento de esta obligación ha generado”. (Fls. 17 y 18).

- El 19 de febrero de 2008 la actora le solicitó al Jefe del Grupo de Gestión Humana de la Personería Distrital de Barranquilla la autorización para retirar las cesantías parciales correspondientes a los años 2004 y 2007, a efectos de realizar mejoras en su vivienda. (Fl. 132).

- El 21 de febrero de 2008 la Jefe de Oficina de Gestión Humana de la Personería Distrital de Barranquilla le autorizó el retiro de las cesantías consignadas a la demandante por los años 2004 y 2007 cuyos valores son de (\$3.355.901.00) y (\$4.708.801.00) respectivamente. (Fl. 131).
- Mediante Oficio OAJ No. 0419/08 del 22 de febrero 2008 el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía de Barranquilla manifestó:

“(...) resulta imposible que le sean canceladas prestaciones sociales de cesantías del presupuesto de la Administración Distrital si estas no están dentro de su presupuesto y mucho menos sanción moratoria a manera de indemnización si estas no han sido ordenadas por una autoridad judicial dentro de un proceso ordinario en el cual quede demostrado que ha mediando la mala fe o el dolo de parte de la administración” (Fls. 19 y 20).

- El 8 de octubre de 2008 Porvenir manifestó al Tribunal Administrativo del Atlántico:

“En atención a su oficio No. 0392-08C radicado en esta administradora el 07 de octubre del presente año, me permito informarle que una vez revisada nuestra base de datos en el fondo de cesantías certificamos no presenta consignación correspondientes al año 2005 causadas en 2004 de la señora AMINTA ELENA GALVIS BALDOVINO con cédula 23.197.734. (...)” (Fl. 126)

- Obra declaración de la actora sobre los supuestos de hechos alegados en la demanda, donde afirmó que la consignación de la cesantía correspondiente al año causado de 2004 se efectuó en el mes de marzo de 2008. (Fls. 178 y 179.).

De conformidad con el anterior acervo probatorio, procede la Sala a establecer el marco jurídico que regula el tema, para así determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por la consignación tardía de las cesantías correspondientes al año de 2004, o por el no pago de las cesantías del 2004.

La demandante como empleada territorial solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria como consecuencia de no consignar el 15 de febrero de 2005,

el valor de las cesantías causadas en el año de 2004, esto se deduce de los pedidos en la petición de vía gubernativa y del análisis de las pruebas, a pesar de las inconsistencias observadas en la demanda y en el sucesivo recurso.

DE LA SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN OPORTUNA DE LA CESANTÍA.

La Ley 50 de 1990, modificó el sistema de liquidación, reconocimiento y pago de cesantías en el sector privado, a través de los llamados fondos de cesantías. Las características de este régimen anualizado se concretaron en el artículo 99 de la misma ley así:

“ARTICULO 99. El nuevo régimen especial del 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 día de retardo.**” (Negrillas de la Sala)*

Atendiendo al marco legal de los empleados territoriales, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 estableció el nuevo régimen de cesantías anualizado y el sistema a aplicar para las personas vinculadas con el Estado, el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998, fue el que trajo consigo la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable a partir de la entrada en vigencia de dicho decreto (10 de agosto de 1998). Normas cuyo contenido literal es el siguiente:

“ARTICULO 13. Ley 344 de 1996: “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

*a) **El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción***

correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral; (...)".

“ARTÍCULO 1º. Decreto 1582 de 1998: *El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5º y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998 (...)*”.

En este orden, como características de este régimen además de contemplar que a 31 de diciembre de cada año el empleador debe hacer una liquidación definitiva de las cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, ordenar que dicho valor se consigne antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija.

Por otro lado, el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 previó como sanción moratoria un día de salario por cada día de retardo, pero en el evento en que el empleador no consigne **la cesantía definitiva por la anualidad o fracción correspondiente** antes del 15 de febrero del año siguiente en el fondo que el trabajador eligió.

En aras de mayor claridad frente a la confusión presentada por la parte actora en relación a la sanción por falta de pago de las cesantías y por la no consignación de las mismas, es importante esclarecer que existe diferencia entre la 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, 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 este hecho, esto es, cuando el trabajador se retira del servicio por cualquier causa y la administración no consigna oportunamente la cesantía que adeuda, deberá cancelar a título de indemnización la sanción prevista en la Ley 244 de 1995.

Así las cosas, a pesar de la naturaleza sancionatoria de una y otra indemnización, las situaciones que gobiernan son distintas, la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo 1º del

Decreto 1582 de 1998 se genera por la no consignación oportuna de la cesantía que se paga anualizada, y la segunda, la prevista en la Ley 244 de 1995 se genera por el no pago de la cesantía al momento del retiro del servicio. Es decir, que la segunda de las sanciones será pagadera hasta el momento en que el trabajador se retira del servicio, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios a que tenga derecho.

Ahora bien, la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995.

La demandante se vinculó con la administración distrital el 2 de enero de 2004 (Fl. 14), el régimen de cesantías que le era aplicable era el anualizado, que le ordenaba a la entidad consignar anualmente el valor de las cesantías en el fondo privado que el trabajador voluntariamente escogiera, o en su defecto, en el que la administración elija, porque la no manifestación del servidor sobre el fondo en el que quiere le sea consignado el valor de las cesantías, no exime a la administración de cumplir con la obligación de consignación dentro del plazo legal fijado¹, obligación que como se demuestra en el expediente, no cumplió la entidad aquí demandada, puesto que para el 15 de febrero de 2005 no había consignado el valor de las cesantías correspondientes al año de 2004².

Advierte la apoderada de la Personería Distrital, que dicho ente remitió a la Alcaldía oportunamente la orden de pago de las cesantías y demás prestaciones con todos los soportes, disponibilidad presupuestal y resolución de reconocimiento, sin que obren en el expediente los supuestos soportes.

Por lo tanto, resulta viable la sanción por mora que reclama la demandante sustentada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pero sólo en lo que tiene que ver con las cesantías correspondientes al año 2004, dado que su valor no fue consignado antes del 15 de febrero del año 2005.

¹ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, M.P. Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia del 21 de mayo de 2009. Radicación número: (2070-07). Actor: WILLIAM ARANGO PEREZ.

² Ver folios 13 y 126.

Es pertinente mencionar, que independientemente que a la demandante se le hubiera consignado la cesantía con posterioridad al término establecido por la ley y a su turno ella hubiera solicitado la autorización del retiro parcial de las mismas, esto no desvanece la mora en que incurrió la administración al no consignarlas en tiempo como erradamente lo entendió el Tribunal de primera instancia.

Así las cosas, no le asistió razón al *a quo* al negar las pretensiones de la demanda, por tal motivo, la Sala revocará la decisión y, en su lugar, se accederá a las pretensiones **condenando** a la Personería Distrital a cancelar a la actora un día de salario por cada día de retardo contabilizados desde el 16 de febrero de 2005, a título de sanción por la no consignación oportuna de la cesantía correspondiente al año 2004, hasta el día en que se efectuó la consignación por dicho período.

El valor de la condena se actualizará, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Finalmente, respecto de la solicitud de condenar en costas a la entidad demandada, la Sala expresa que el criterio adoptado por la Corporación consiste en la aplicación del artículo 171 del C.C.A. que sólo permite tal condena en los eventos en los que se observe temeridad o mala fe en la conducta de las partes, como tal circunstancia no se observa en el presente caso, la Sala desestimaré la solicitud.

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,

FALLA

REVÓCASE la sentencia de 11 de diciembre de 2008, por la cual, el Tribunal Administrativo del Atlántico, negó las pretensiones de la demanda formulada por AMINTA ELENA GALVIS BALDOVINO contra el Distrito de Barranquilla, Personería Distrital de Barranquilla.

En su lugar, **SE DISPONE:**

DECLÁRASE LA NULIDAD del Oficio No. OAJ0424/08 de 22 de febrero de 2008 proferido por la Alcaldía Distrital de Barranquilla, y del Oficio de 30 de noviembre de 2007, expedido por la Personería Distrital de Barranquilla, en cuanto negaron a la actora el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación oportuna del valor anual de las cesantías correspondientes al año 2004.

ORDÉNASE a la Personería Distrital de Barranquilla a reconocer y pagar a favor de la actora un día de salario por cada día de retardo contabilizados desde el 16 de febrero de 2005, a título de sanción por la no consignación oportuna de la cesantía correspondiente al año 2004, hasta el día que se efectuó la consignación por dicho período.

INDÉXESE LA CONDENA de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia.

DENIÉGANSE las demás súplicas de la demanda.

CÚMPLASE LA SENTENCIA en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión de la fecha.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA