



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A**

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., siete (7) de julio de dos mil veintidós (2022)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 76001-23-33-000-2015-00906-01 (4287-2021)
Demandante: OSCAR EDUARDO GARCÍA GALLEGO
Demandada: NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL – SECCIONAL CALI¹

Tema: Sanción Moratoria Ley 344 de 1996. Prescripción.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

ASUNTO

La Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 3 de septiembre de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor Oscar Eduardo García Gallego, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 de la Ley 1437 del 2011², formuló, en síntesis, las siguientes:

Pretensiones²

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio DESAJCL15-610 del 18 de febrero de 2015, suscrito por la Coordinadora del Área de Recursos Humanos de la Dirección Seccional de Administración Judicial del Valle del Cauca, por medio del cual negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora contemplada en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
2. A título de restablecimiento del derecho, condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar al señor Oscar Eduardo García Gallego, la sanción moratoria por el pago inoportuno del auxilio de cesantías, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contado desde el 15 de febrero de 2013 (día en que se hicieron exigibles) y hasta cuando se hizo efectivo el respectivo pago (30 de septiembre de 2014).

¹ En adelante DESAJ.

² Folios 62 y 63, C1.



3. Ordenar a la DESAJ a actualizar las condenas a que haya lugar al momento de proferirse el fallo, así como a dar cumplimiento del mismo de conformidad con lo previsto en el artículo 192 del CPACA.
4. Condenar a la entidad convocada al pago de costas y agencias en derecho, de acuerdo a lo señalado en el artículo 188 ibídem.

Supuestos fácticos relevantes³

1. El señor Oscar Eduardo García Gallego ingresó a la Rama Judicial el 28 de agosto de 2008 y prestó sus servicios de manera continua en diferentes cargos hasta el 15 de diciembre de 2011.
2. El 16 de diciembre de 2011, inició sus labores como sustanciador nominado del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Buga, hasta el 30 de junio de 2012.
3. El 3 de julio de 2012 se posesionó en el cargo de secretario nominado de la misma sede judicial, cargo que desempeñó hasta el 30 de septiembre del mismo año, pues regresó al empleo de sustanciador ejerciéndolo hasta el 28 de febrero de 2013.
4. Durante el año 2012, laboró de manera ininterrumpida al servicio del Juzgado Segundo Administrativo de Oralidad del Circuito de Buga, y como quiera que ingresó con posterioridad a la expedición de la Ley 344 de 1996, el régimen de cesantías aplicable corresponde al anualizado.
5. Al 14 de febrero de 2013, la entidad demandada no había realizado el pago de las cesantías a que tenía derecho el demandante por haber trabajado en el año 2012 de manera continua, sin que se hubiera dado por parte de la DESAJ razón algún para esta situación, configurándose a favor del demandante el pago de la sanción por mora de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
6. El 13 de agosto de 2014, y dado que año tras año la entidad había notificado la resolución de liquidación de las cesantías, sin que dicha circunstancia aconteciera para el año 2012, elevó petición solicitando una relación de los actos administrativos que habían liquidado el auxilio de cesantías con los respectivos pagos.
7. El 16 de septiembre de 2014, la Oficina de Coordinación Administrativa dio respuesta a la anterior solicitud, respuesta en la cual se informó que mediante la Resolución 7873 del 31 de diciembre de 2012 se había liquidado las cesantías del año 2012, para lo cual le notificaban en dicho momento por conducta concluyente.
8. El 29 de enero de 2015, presentó ante la DESAJ reclamación administrativa solicitando el pago inmediato de las cesantías correspondientes al año 2012, así como el pago de la sanción moratoria por no consignación en tiempo de la misma en el fondo de cesantías privado al cual se encontraba afiliado.

³ Folios 60 a 62, C1.



9. En respuesta a la anterior reclamación, la entidad informó mediante correo electrónico del 19 de febrero de 2015, que las cesantías del año 2012, habían sido canceladas antes del 14 de febrero de 2013 al fondo de cesantías Horizonte y que, no obstante, la liquidación del Fondo solo se reflejó en el año 2014.
10. El señor García Gallego no se encontraba afiliado al fondo referido sino a Porvenir.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de establecer el objeto del proceso y de la prueba. En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

En el acta se consignó lo siguiente al momento de decidir las excepciones⁴:

«No se propusieron».

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

El litigio se fijó en los siguientes términos⁵:

«[...] se contrae a determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, consagrada en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, como consecuencia de la no consignación, dentro de los plazos fijados por la ley, de las cesantías en el respectivo fondo.»

SENTENCIA APELADA⁶

El tribunal de primera instancia dictó sentencia escrita el 3 de septiembre de 2020, a través de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con sustento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, desarrolló la aplicación de la Ley 50 de 1990 a los empleados de la Rama Judicial y, seguidamente trajo a colación el principio de la buena fe como eximente en el reconocimiento y pago de la sanción por mora contemplada en la mencionada Ley 50.

Tras evaluar el acervo probatorio, el *a quo* indicó que por medio de la Resolución 7873 del 31 de diciembre de 2012, la entidad demanda reconoció las cesantías causadas por el señor Oscar Eduardo García Gallego en el año 2012 por valor de \$2.904.335, pero que dicho concepto no fue consignado en

⁴ Folio 196, C1.

⁵ Folio 196 y 197, C1.

⁶ Folios 206 a 211, C1.



el fondo antes del 15 de febrero de 2013 como lo certificó el fondo de cesantías Porvenir.

Manifestó que la entidad convocada alegó que el no pago o pago extemporáneo o incompleto de las prestaciones sociales no genera de forma automática la indemnización moratoria, pues corresponde al juez evaluar si la conducta del empleador que retardó el reconocimiento de las acreencias laborales, estuvo revestida de mala fe.

Al respecto el tribunal consideró que la sanción prevista en la Ley 50 de 1990, opera de pleno derecho y no está condicionada a demostrar la mala fe del empleador ni de otros aspectos de carácter subjetivo.

Como consecuencia de lo anterior, el juez de primer grado resolvió declarar la nulidad del acto administrativo demandado; condenar a la entidad cuestionada a reconocer y pagar la sanción por mora de que trata el numeral 3.º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a partir del 15 de febrero de 2013 y hasta el 30 de septiembre de 2014, teniendo como base para la liquidación del periodo 15 de febrero de 2013 al 14 de febrero de 2014, el salario devengado en el año 2013, y para el lapso transcurrido entre el 15 de febrero de 2014 y el 29 de septiembre de la misma anualidad, el salario percibido en el año 2014.

Por último, negó la actualización de la suma reconocida, por cuanto la penalidad moratoria no solo cubre la indexación, sino que es superior a ella.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada⁷ presentó recurso de apelación contra la sentencia arriba referenciada, con fundamento en lo siguiente:

En el presente caso no se han dado los presupuestos para que se configure la sanción mora establecida inicialmente en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.

Así, luego de transcribir las normas correspondientes a la penalidad reclamada, y que se desprenden del anterior marco normativo, precisó que tanto en los hechos de la demanda como en la sentencia recurrida se reconoce que la fecha en que el demandante presentó la reclamación administrativa solicitando el pago inmediato del auxilio de cesantías del año 2012, corresponde al 29 de enero de 2015, por lo que nos posible que el término sea contabilizado de manera retroactiva, sino que la norma es clara en determinar que debe analizarse a partir de la radicación de la solicitud.

Sostuvo además que al interesado la ley le permitía adelantar otras acciones frente a los supuestos hechos ocurridos en las vigencias 2012 y 2013.

Adujo que dentro de la parte considerativa de la providencia que cuestiona, no se desarrollan las razones y argumentos de derecho que permitan evidenciar la consecuente nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio DESAJ CL 15-610 del 18 de febrero de 2015, es decir, se debe tener de forma clara la conducta que tipifica la situación reprochable, en este caso, se trata del

⁷ Folios 215 a 217, C1.



artículo 4.º de la Ley 1071 de 2006, el cual prevé el término que se debe observar para determinar la ocurrencia de la sanción moratoria.

Manifestó que no hay lugar a la liquidación efectuada por el tribunal de primera instancia en tanto no hay reclamaciones o peticiones elevadas por el demandante que hayan sido radicadas por los periodos comprendidos entre el 15 de febrero de 2013 y el 14 de febrero de 2014; así como entre el 15 de febrero de 2014 y el 29 de septiembre del mismo año.

Como sustento adicional, relacionó algunos pronunciamientos del Consejo de Estado, relacionados con la determinación del momento a partir del cual se configura la sanción por mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales, y con fundamento en la sentencia del 18 de julio de 2018 señaló que la penalidad moratoria inicia su contabilización a partir de la fecha en que se hace la solicitud, es decir, el 29 de enero de 2015, por lo que en el presente asunto no aplica la indemnización por el pago tardío de las cesantías.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En atención a lo dispuesto en el numeral 5. del artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, que modificó el artículo 247 del CPACA, y conforme a la constancia secretarial visible a folio 241 de la actuación, no habiendo sido necesario el decreto de pruebas, se prescindió del traslado para alegar de conclusión.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto. De igual forma, según el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de alzada.

Problema jurídico

Revisados los precisos términos del recurso de alzada interpuesto por la entidad demandada y cotejados con lo decidido por la sentencia de primera instancia, encuentra la Sala que el problema jurídico a resolver se reduce a la siguiente pregunta:

¿La Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – Seccional Cali presentó argumentos concretos de reproche frente a la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda?

Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: la entidad demandada no presentó argumentos de reparo concretos frente a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que le ordenó reconocer y pagar al demandante la sanción por mora de que tratan las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, razón por la cual se debe declarar la apelación fallida, como se explica a continuación:



Sobre la apelación fallida.

Si bien esta figura no se encuentra regulada en ninguna norma procesal, sí se ha utilizado jurisprudencialmente cuando los argumentos de reparo que presenta el apelante con respecto a la decisión recurrida no guardan congruencia con lo esbozado por el juez, es decir, las razones que se exponen como reproche frente a la providencia proferida no tienen relación con el tema debatido.

Frente al punto, por parte de esta sección⁸ se ha explicado lo siguiente:

«[...] Se debe precisar, a la altura de lo enunciado, que al no respetar el principio de congruencia el recurso de apelación presentado por el apoderado del Ministerio de Educación frente a la sentencia de primera instancia, la apelación es fallida y por consiguiente se tiene por no presentado.

Lo anterior por cuanto el recurso de apelación demarca la competencia del juez de segunda instancia y, por lo mismo, cuando los fundamentos de la apelación son extraños al debate del *sub judice* por no corresponder a los mismos hechos analizados por el *a quo*, se entiende como una apelación fallida, según lo ha sostenido el Consejo de Estado⁹, así:

*“[...] En conclusión, se observa que los argumentos esgrimidos por el recurrente como sustentación del recurso, en verdad, no están dirigidos contra el fondo de la sentencia apelada, por no **corresponder al caso que se juzga, lo cual impide en el fondo desatar la apelación, es decir, ésta resulta fallida porque es imposible confrontar la sentencia con una apelación de la misma que no lo es.***

Así, realmente no existe apelación de la sentencia. Y esta situación impide conocer de fondo el caso por la vía de la apelación. [...]». (Negrita y cursiva en el texto original).

Tal como se expuso en la providencia en cita, cuando los argumentos expuestos en el recurso de apelación no se dirigen contra el fondo de la decisión recurrida, al no existir correspondencia con los presupuestos del asunto que se resuelve, se presenta la apelación fallida, lo que trae como consecuencia que permanezca incólume lo resuelto en primera instancia.

Lo anterior materializa el debido proceso, teniendo en cuenta que la decisión que debe adoptar el *ad quem* necesariamente debe guardar congruencia con lo resuelto por el juez de primera instancia, razón por la cual los argumentos que se presenten en el recurso de apelación son los que eventualmente darán lugar a que la providencia sea confirmada, revocada o modificada, según el caso.

También resulta importante hacer referencia al artículo 328 del CGP el cual consagra la competencia del superior en los siguientes términos:

«Artículo 328. Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 17 de octubre de 2017, radicado: 19001-23-33-000-2013-00214-01 (1392-2016).

⁹ Consejo de Estado, sentencia del 25 de mayo de 2006, radicado 15001-23-31-000-2000-02086-01, número interno 2273-2005.



perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.»
(Subraya fuera de texto)

Visto lo anterior, debe concluirse que la competencia del superior se supedita o limita al estudio de aquellos argumentos que fueron expuestos por el recurrente, de ahí que, si esos planteamientos no hacen referencia al tema de fondo que decidió el *a quo*, no puede en segunda instancia efectuarse pronunciamiento alguno, lo que trae como consecuencia que la apelación sea fallida.

En el *sub examine* se advierte que en la sentencia del 3 de septiembre de 2020, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió a la pretensión del demandante tendiente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, consistente en un día de salario por cada día de retardo en la consignación del auxilio de cesantías definitivas, contados a partir del 15 de febrero de 2013, fecha en que la Rama Judicial debió consignar el auxilio de cesantías correspondiente al año 2012 y hasta cuando se hizo efectivo el pago del mismo, esto es, el 30 de septiembre de 2014 lo que representó condenar a la entidad demandada al pago de la penalidad referida causada en dicho periodo y teniendo en cuenta para ello el salario devengado por el demandante en el año 2013 para el lapso comprendido entre el 15 de febrero de 2013 y el 14 de febrero de 2014, así como el salario percibido en el año 2014 para el tiempo transcurrido entre el 15 de febrero de 2014 y el 29 de septiembre de la misma anualidad.

Para el efecto, en la sentencia objeto de alzada se indicó lo siguiente sobre los puntos de derecho discutidos en el curso de la primera instancia:

«[...]

4.1. La aplicación de la Ley 50 de 1990 a los empleados de la Rama Judicial

27. El artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece: i) la liquidación definitiva de las cesantías, al 31 de diciembre de cada año, por la anualidad o fracción correspondiente al año anterior, ii) la consignación del valor de las cesantías, antes del 15 de febrero del año siguiente, en el fondo privado, y iii) la sanción por mora, a cargo del empleador, de un día de salario por cada día de retardo, por el incumplimiento de consignar las cesantías en el fondo, antes del 15 de febrero, en una cuenta individual a nombre del trabajador.

[...].

30. Entonces, el Consejo de Estado (2018), acorde con la normatividad analizada con antelación, concluyó que los servidores de la Rama Judicial que se afilian a

los fondos privados de cesantías, acorde con el artículo 123 de la CP, pertenecen a la categoría de empleados públicos al servicio del Estado. En consecuencia, si se les aplica la Ley 50 de 1990, por remisión de los decretos 57 de 1993 y 1252 de 2000.

[...].

5. Caso concreto

35. El demandante se vinculó, como empleado de la Rama Judicial, desde el 28 de agosto de 2007 y está afiliado al fondo de cesantías Porvenir. Por lo tanto, de conformidad con los decretos 57 de 1993 y 1252 de 2000, el actor es beneficiario del sistema anualizado de liquidación de cesantías que establece la Ley 50 de 1990 y, en consecuencia, de la penalidad contenida en el numeral 3 del artículo 99 ibídem.

36. La entidad demandada, para el periodo comprendido entre el 1.º de enero y el 31 de diciembre de 2012, debía, en virtud del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, consignar el valor liquidado por concepto de cesantías, para ese periodo, antes del 15 de febrero de 2013.

37. La demandada, a través de la Resolución 7873 del 31 de diciembre de 2012, reconoció las cesantías causadas en el año 2012 en la suma de \$2.904.335, pero dicho valor no fue consignado en el fondo, antes del 15 de febrero de 2013, como lo certificó el fondo de cesantías Porvenir en el extracto del periodo comprendido entre el 1.º de octubre de 2012 y el 31 de marzo de 2013, pues se estableció que en la subcuenta de corto plazo había un saldo final, al término del periodo, de cero pesos. Es decir, la demandada, al 31 de marzo de 2013, aún no había consignado las cesantías en el fondo privado.

38. Al respecto, la demandada, en el oficio DESAJ CL15-610 del 18 de febrero de 2015, indicó que la acreditación de las cesantías del año 2012, por valor de \$2.904.334, fue realizado antes del 14 de febrero de 2013 ante el fondo de cesantías Horizonte, pero que, por la liquidación de ese fondo y su transformación en Porvenir, *«la acreditación quedó por verificación dependiente en el año 2014»*.

39. La demandada, en la contestación de la demanda, explicó que la acreditación es el trámite en el que el nivel central de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, en febrero de cada año, informa al fondo de cesantías qué porcentaje del dinero depositado en la cuenta global – en el que se consignan por doceavas las cesantías de los funcionarios y empleados judiciales – corresponde a cada servidor. No obstante, dicha acreditación, acorde a la certificación del fondo de cesantías Porvenir, no quedó ejecutada antes del 14 de febrero de 2013 como lo afirma el demandante.

[...].

43. En consecuencia, la Sala declarará la nulidad del oficio DESAJ CL15-610 del 18 de febrero de 2015 y condenará a la entidad demandada a reconocer y pagar la sanción moratoria, de que trata el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a partir del 15 de febrero de 2013, hasta la fecha en que se realizó el pago (30 de septiembre de 2014), y se liquidará como lo establece el consejo de Estado (2016), así:

- La indemnización moratoria, por el periodo comprendido entre el 15 de febrero de 2013 y el 14 de febrero de 2014, se liquidará con el salario devengado en el año 2013.
- La indemnización moratoria, por el periodo comprendido entre el 15 de febrero de 2014 y el 29 de septiembre del mismo año, se liquidará con el salario devengado en el año 2014.



44. Por último, la Sala no ordenará la actualización de la suma reconocida, pues acorde con lo expuesto por el Consejo de Estado (2018), la sanción moratoria que prevé el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 no solo cubre la actualización monetaria, sino que es incluso superior a ella. Por lo tanto, no resulta procedente la actualización de los valores reclamados por la parte demandante sobre el monto a pagar por la sanción moratoria.

[...].» (Negrilla y Cursiva del texto original, subraya la Sala)

Como se reseñó en los antecedentes de esta providencia, la sentencia de primera instancia sólo fue apelada por la parte demandada, circunstancia que trae aparejadas dos consecuencias procesales que inciden en el asunto que nos ocupa: i) la parte demandante se encuentra conforme con las decisiones adoptadas por el *a quo*; y ii) por sana y natural lógica, bajo el entendido de que nadie persigue de manera racional su propio perjuicio, el recurso de apelación a interponer por la entidad condenada debía circunscribirse a los apartes de la sentencia que le fueron desfavorables, que en el *sub lite* se limitaron a la decisión de nulificar el acto administrativo por medio del cual, la Rama Judicial negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora contemplada en la Ley 50 de 1990 a favor del demandante y, en consecuencia, a ordenar el pago de la penalidad surgida entre el 15 de febrero de 2013 y el 29 de septiembre de 2014 (fecha anterior a la que se verificó la consignación del auxilio de cesantías definitivas, esto es, 30 de septiembre de 2014)¹⁰.

No obstante, la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – Seccional Cali en su recurso de apelación manifestó su inconformidad con el fallo de primera instancia en los siguientes términos:

«[...]

De manera respetuosa y con el propósito de salvaguardar el patrimonio público, reitero que, en el presente caso, no se han dado los presupuestos para que se configure la sanción por mora establecidas(sic) inicialmente en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006- Para demostrar lo anterior, procederé en primer lugar a enunciar el contenido de las leyes sobre las cuales se fundamenta la sanción.

[...]

Tanto en los hechos de la demanda específicamente en el que se registra en el Numeral 10, manifiesta el demandante a través de su apoderado judicial que **presento(sic) el 29 de enero de 2015**, derecho de petición solicitando el pago inmediato del auxilio de cesantías correspondiente al año 2012. En la sentencia se reconoce igualmente la fecha de la petición y a folio tres se lee, en el numeral 6 “*El actor, el 29 de enero de 2015, solicitó el pago del auxilio de cesantías del periodo comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2012, por valor de \$2.904.335, pues el fondo de cesantías Porvenir, al que se encontraba adscrito, reportó que no se realizó consignación alguna sobre este periodo*”

SIENDO QUE EL TRAMITE(SIC) DE LA SOLICITUD SE INICIAL(SIC) EL 29 DE ENERO DE 2015, ES POSIBLE ¿QUÉ SE COMPUTEN LOS TÉRMINOS DE

¹⁰ Pues así lo refiere la demanda, y se constata en la certificación emitida por el fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A., al indicar que entre octubre y marzo de 2013, no se verificaron aportes a nombre del señor Oscar Eduardo García Gallego y que la «acreditación por verificación dependiente», se reflejó en el año 2014, para lo cual adjuntó un extracto en el que se visualiza como fecha el 30 de septiembre de 2014. (Folios 51 a 56, C1)



MANERA RETROACTIVA?. LA NORMA ES CALRA EN DETERMINAR QUE ES A PARTIR DE LA RADICACIÓN DE LA SOLCITUD.

[...]

Por lo anterior, en aplicación al principio de legalidad de las faltas y de las sanciones, sobre la cual la jurisprudencia de las altas Cortes han(sic) determinado que este principio **“alude a que una norma con fuerza material de ley establezca la descripción de la conductas sancionables, así como las clases y las cuantías de las sanciones a ser impuestas.”** Es decir, de forma clara se debe tener la conducta que tipifica la conducta de reproche. En este caso es claro el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, al determinar el termino(sic) que se debe computar para que se inicie el proceso que determine la aplicación de la sanción pecuniaria.

[...]

REITERO LA SOLICITUD SE RADICO(SIC) EL 29 DE ENERO DE 2015, POR LO TANTO, NO ES LEGAL, NI TIENE FUNDAMENTO JURÍDICO DETERMINAR LA SIGUIENTE LIQUIDACION ENUNCIADA EN LA SENTENCIA:

“La indemnización moratoria, por el periodo comprendido entre el 15 de febrero de 2013 y el 14 de febrero de 2014, se liquidará con el salario devengado en el año 2013.”

Además, no hay dentro del expediente la radicación de esta solicitud.

“La indemnización moratoria, por el periodo comprendido entre el 15 de febrero de 2014 y el 29 de septiembre del mismo año, se liquidará con el salario devengado en el año 2014.”

No se cuenta con radicación de solicitudes de estas fechas por lo tanto no se ha tipificado la conducta para imponer la sanción.

CONFIRMANDO LO EXPRESADO EN EL SENTIDO DE DETERMINAR A PARTIR DE QUE(SIC) MOMENTO SE CONFIGURA LA SANCIÓN MORATORIA POR EL PAGO TARDÍO DE LA(SIC) CESANTÍAS DEFINITIVAS O PARCIALES SE HAN HECHO LOS SIGUIENTES PRONUNCIAMIENTOS:

[...]

En conclusión, es claro entonces que como lo manifiesta la jurisprudencia, la sanción moratoria procede a contar exclusivamente a partir de la fecha en que se hace la solicitud, es decir el 29 de enero de 2015, por tanto para el presente asunto **NO APLICA SANCIÓN MORATORIA POR EL PAGO TARDÍO DE LA(SIC) CESANTÍAS.**

[...]». (Resaltas, subrayas y cursiva del recurso)

De acuerdo con la parte transcrita del recurso, infiere la Sala que la demandada pretende la revocatoria de la sentencia de primera instancia bajo el argumento de que el *a quo* condenó a la Rama Judicial: (i) al reconocimiento y pago de la sanción moratoria regulada en la Ley 1071 de 2006; (ii) por la tardanza en la consignación del auxilio de cesantías parciales o definitivas, (iii) sin tener en cuenta que la reclamación administrativa para el pago de las mismas, así como de la penalidad por mora se radicó por parte del señor Oscar Eduardo García Gallego el 29 de enero de 2015, es decir, desconociendo las previsiones que sobre el cómputo de la indemnización reconocida previó el artículo 4.º de la referida Ley 1071 de 2006 y la jurisprudencia del Consejo de Estado; y (v) que la liquidación de la

indemnización no se ajusta a derecho en tanto en las fechas allí relacionadas no se verificó radicación de solicitudes encaminadas a obtener el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías.

La simple constatación de la literalidad de la sentencia impugnada permite concluir, sin equívoco, que semejantes declaraciones (o siquiera consideraciones) no fueron consignadas por el tribunal en su providencia pues, se itera, la parte motiva se limitó a: **i)** dirimir la procedencia de la sanción por mora surgida con ocasión del pago inoportuno de las cesantías **anualizadas**, causas en el periodo transcurrido entre el 1.º de enero de 2012 y el 30 de diciembre de la misma anualidad, que fueron reconocidas por la Rama Judicial al señor García Gallego mediante Resolución 7873 del 31 de diciembre de 2012 por valor de \$2.904.335 y que no le fueron canceladas o consignadas al fondo privado antes del 15 de febrero de 2013; y **ii)** analizar la inadecuada solicitud de acceder a la pretensión de indexación planteada en el libelo.

A su turno, la parte resolutive se redujo a declarar la nulidad del acto administrativo que negó la penalidad moratoria; así como a ordenar el pago de la sanción de conformidad con el análisis efectuado en la sentencia, y a negar las demás pretensiones de la demanda, específicamente la indexación o actualización de la condena.

Así, es notoria la falta de congruencia de las razones expuestas por la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – Seccional Cali con lo que constituía el objeto de la litis, y particularmente con lo que fue materia de pronunciamiento por el juez de instancia, motivo por el cual la Subsección estima que se trata de una apelación fallida y que, en consecuencia, no puede pronunciarse sobre la alzada de la entidad demandada.

En conclusión: La Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – Seccional Cali sustentó su recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia con fundamento en premisas jurídicas diferentes a las conclusiones a las que llegó el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, con lo que desatendió el principio de congruencia que debe existir, y en esa medida se declarará fallida la apelación y, por consiguiente, se confirmará la sentencia de primera instancia.

Decisión de segunda instancia

Según se ha expuesto, se impone confirmar la sentencia proferida el 3 de septiembre de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

De la condena en costas

Esta Subsección, en providencia del 7 de abril de 2016¹¹, sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, y señaló como conclusión lo siguiente:

¹¹ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Demandante: José Francisco Guerrero Bardi.



- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

- d) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- e) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP¹², previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- f) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

De conformidad con lo señalado, estima la Subsección que en el presente caso es procedente condenar en costas de segunda instancia a la entidad demandada, en atención al hecho de que el recurso de apelación por ella interpuesto puso en movimiento el aparato judicial en sede de segunda instancia para desembocar, a la postre, en una decisión inocua respecto de lo que debía constituir el fondo de la controversia a desatar por esta Corporación, producto de la resaltada incongruencia entre el recurso y la decisión impugnada.

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

FALLA

Primero: Declarar fallida la apelación interpuesta por la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – Seccional Cali contra la sentencia proferida el 3 de septiembre de 2020 por el Tribunal

¹² «ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...] »



Administrativo del Valle del Cauca, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió el señor Oscar Eduardo García Gallego contra dicha entidad.

En consecuencia,

Segundo: Confirmar la providencia impugnada, de conformidad con lo considerado.

Tercero: Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandada por lo brevemente expuesto.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en el aplicativo "SAMAI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Firmado electrónicamente
WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmado electrónicamente
RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente
GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

La anterior manifestación fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando el código QR que aparece a la derecha, o accediendo a la dirección <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/> donde deberá ingresar el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

