

Rad. 13-001-33-40-014-2017-00138-01

Cartagena de Indias, D T. y C., treinta (30) de marzo de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	13-001-33-33-014-2017-00138-01
Demandante	Natalia Arrieta Córdoba y Otros
Demandado	Distrito de Cartagena
Tema	Sanción Moratoria
Magistrado Ponente	Óscar Iván Castañeda Daza

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora contra la sentencia del 27 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, en la que negaron las pretensiones incoadas en la demanda.

Cuestión previa

El H.M. JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL manifestó encontrarse impedido para conocer del presente asunto. Ello en razón a que en la actualidad se encuentra en trámite un proceso en el que él figura como demandante por un asunto similar.

Al respecto, se dirá que el artículo 140 del CGP consagra que *los magistrados, jueces, conjuces en quienes concurra alguna causal de recusación deberán declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de ella, expresando los hechos en que se fundamenta.*

En ese tenor, es menester referirse al artículo 141 del mentado cuerpo normativo.

“ARTÍCULO 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. Son causales de recusación las siguientes:

(...)

14. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o civil, pleito pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe fallar”.

Así las cosas, entiende la Sala que resulta procedente el impedimento

manifestado por el H.M., por lo que será aceptado por los demás miembros de la Sala de decisión.

III.- ANTECEDENTES

3.1 DEMANDA

3.1.1 PRETENSIONES¹

En el escrito introductorio se elevaron las siguientes súplicas:

“PRIMERO: Que se declare la nulidad del OFICIO 2016EE79 notificado el 19 de Enero de 2017 y del OFICIO No. 2017EE752 de fecha 14.de Marzo de 2017, emanados de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias D. T. y C-Secretaría de Educación Distrital, mediante los cuales se negó el reconocimiento y pago de 141 días de sanción moratorias por no haberse consignado o cargados las cesantías del año 2014, en las cuentas individuales antes del 15 de Febrero de 2015, que tienen cada uno de los empleados antes señalados en el FONDO NAGONAL DEL AHORRO.

*SEGUNDO: Por lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada debe reconocer y pagar, a título de sanción moratoria, a cada uno de mis representados que ,a continuación se relaciones, el valor de la sanción moratoria equivalente a 141 días salarios del año 2014, de acuerdo al cargo que desempeñan en la planta de personal en la época, contados a partir del 15 de Febrero de 2015 hasta 07 de julio de 2015, la cual se detalla individualmente a continuación:
(...)*

TERCERO: Que se condene a dicha entidad a indemnizar todos los daños que se prueben dentro del proceso, de acuerdo con lo establecido en el art 16 de la Ley446 de 1998.

CUARTO: Que se obligue a la entidad demandada a cancelar, las anteriores condenas, de acuerdo a los términos establecidos en el artículo 178 del C C A., los cuales deben ser liquidadas con base al índice de Precio al Consumidor, certificado por el DANE, más los intereses comerciales y/o bancarios, desde que la obligación se hizo exigible hasta cuando se produzca el pago efectivo de tales conceptos (...).”

3.1.2. HECHOS²

Se afirma que los actores hacen parte de planta de personal de la Alcaldía Mayor de Cartagena y que para efectos de la consignación de sus cesantías se encuentran afiliados al Fondo Nacional del Ahorro.

¹ Folio 49 del cuaderno 1 del expediente digitalizado.

² Folio 50 del cuaderno 1 del expediente digitalizado.

Continúa precisando que el Distrito de Cartagena no consignó el valor de las cesantías liquidadas y correspondientes al año 2014, antes del 15 de febrero del año 2015 en la cuenta individual que cada uno de los demandantes tienen en el Fondo Nacional del Ahorro, conforme lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Al respecto, advierte que según lo expresado por el Fondo Nacional del Ahorro en oficio No. 01-2303- 201602050019252 sin fecha, se pudo visualizar que las cesantías correspondientes al año 2014 solo se cargaron al sistema hasta el día 7 de julio de 2015.

Como consecuencia, se habría generado una mora por parte de la Secretaria de Educación del Distrito de Cartagena, dependencia en la cual laboran los demandantes, por no haber consignado las cesantías correspondientes al año 2014 en el tiempo de ley, generándose con ello el derecho a reclamar el pago de sanción moratoria correspondiente a 141 días de salario de los demandantes.

Para finalizar, se advierte que elevaron petición de reconocimiento de la sanción moratoria, la cual fue desestimada con los oficios No. 2016EE79 y 2017EE52.

3.1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se señalan como normas violadas las siguientes: artículo 1, 2, 6, 13, 25, 53, 58, 84, 122, 123, 125, 209 y 228 de la Constitución; artículos 99 de la Ley 50 de 1990, artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y su decreto reglamentario 1582 de 1998 y la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006; artículos 1., V2. 3, 15, 28, 31, 35, 36, 57, 83, 84, 85, 137 y 206 del OPACA.

Con la decisión de desestimar la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, advierten que el Distrito de Cartagena vulnera las garantías laborales mínimas y el derecho de los demandantes a obtener el pago de la sanción de la que son acreedores luego que la administración no consignara dentro del término establecido el auxilio de cesantías.

Advierte que la constitución política nacional proclama la libertad de todas las personas en el territorio nacional, por lo que no resulta lógico que se les reconozca la sanción moratoria a unos empleados, mientras que a otros no.

3.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA³

³ Folios 58-64 del archivo "CARPETA 2" del expediente electrónico.

Rad. 13-001-33-40-014-2017-00138-01

El Distrito se opuso a las pretensiones de la demanda. Advirtió que los actos administrativos demandados no vulneraron la normatividad que les rige.

Luego de explicar los diversos sistemas de liquidación del auxilio de cesantías, argumentó que a los actores de la presente demanda no les resulta aplicable la figura de la sanción moratoria y por tanto no resultaba procedente la reclamación que elevaron.

Con todo, advirtió que el procedimiento se dio con base en lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, aplicable para los demandantes y, en ese sentido, no se vulneró derecho alguno de los actores.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 27 de junio de 2019, el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena decidió negar las pretensiones de la demanda, con fundamento a las siguientes consideraciones:

“Ahora bien, en relación con el fondo del asunto, consistente en la presunta tardanza por parte del Distrito de Cartagena en consignar las cesantías correspondientes al año 2014 y como consecuencia de ello en el surgimiento del derecho a reclamar y que le sea pagada a los actores una sanción por mora, se aprecia que a folio 54 y "55 del expediente reposa documento suscrito por la señora Blanca Benincore De Cruz, en su condición de, coordinadora GARCF Entidades del Fondo Nacional del Ahorro, en el que certifica que la entidad FÉD Distrito de Cartagena inició a reportar cesantías a partir del año 1994 y que las correspondientes a la vigencia 2014 solo fueron aplicadas el día 07 de julio de 2015, debido a que le fueron devueltos varias veces los reportes mensuales de cesantías por remisión extemporánea y por presentar inconsistencias.

Vale aclarar que nada se dice con relación a si la entidad consigno o no el dinero a pesar de las inconsistencias de los reportes, únicamente se indica que el "reporte 13 o consolidado de 2014 solo se pudo aplicar hasta esa fecha"] es decir, hasta el 07 de julio de 2015.

No obstante lo dicho, debemos señalar que de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial citado, aun cuando se evidenciara una tardanza en la consignación de las cesantías de lo? aquí demandantes, el reconocimiento de la sanción por mora prevista en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se tornaría improcedente por estar los demandantes afiliados al Fondo Nacional del Ahorro; recordemos que según lo indicado por el Consejo de Estado a los empleados del nivel territorial afiliados al Fondo Nacional del Ahorro no se les aplica la sanción moratoria regulada en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues así lo dispone el artículo 1 del Decreto 1582 de 1998.

Rad. 13-001-33-40-014-2017-00138-01

Así mismo, destaca el despacho que si bien en la demanda dentro de las normas vulneradas se cita la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, que consagra una sanción moratoria por la tardanza en la autorización del pago de las cesantías una vez son solicitadas por el empleado, entiende el despacho a partir de los hechos que la sanción que se está reclamando es la prevista numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual se diferencia de la anterior en que esta se causa por la tardanza en la consignación que básicamente es lo que se expone en los hechos de la demanda, y no en la autorización de pago, al trabajador. En ese sentido se reitera que al ser los demandantes afiliados al Fondo Nacional del Ahorro no tienen derecho a la misma (...)”⁴.

3.5. RECURSO DE APELACIÓN

3.5.1. Parte demandante⁵

Critica el análisis probatorio realizado por el Despacho de origen.

“(...) En primer lugar se precisa, que la sentencia proferida por el A quo, se desvía del contexto histórico de los hechos, porque al momento de la reconstrucción de los mismos, no corresponden ni armonizan con el conjunto de las pruebas documentales incorporadas al proceso, es decir, el proceso mental valorativo de las pruebas aplicado por el Juez, presentan serias contradicciones que cambia en su esencia la realidad claramente expresada en las pruebas, como más adelante lo comprobaré (...)”.

En ese tenor, advierte que el hecho demostrado es que la demandada no consignó dentro del término establecido los auxilios de cesantías a las cuentas de los actores en el Fondo Nacional del Ahorro.

Para el recurrente, el Decreto 1582 de 1998, que reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, no eliminaron la posibilidad jurídica o el derecho a los servicios públicos afiliados al Fondo Nacional del Ahorro ejerzan el derecho a reclamar sanción moratoria en tanto “(...) dichas disposiciones, solo se limitan a establecer mecanismos y procedimientos que regulan los derechos de los empleados vinculados a los Fondos Privados de Cesantías y de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional del Ahorro. No existe tal prohibición como antes lo expresé (...)”⁶.

Advierte que la sanción moratoria es un derecho adquirido a favor de todos los trabajadores vinculados a las entidades públicas y privadas. De igual

⁴ Folio 137 del cuaderno 2 del expediente digitalizado.

⁵ Folio 141 de 177-179 del archivo “CARPETA 2” del expediente electrónico.

⁶ Folio 143 del cuaderno 2 del expediente digitalizado.

Rad. 13-001-33-40-014-2017-00138-01

manera, dentro de los fines del Estado, entre otras, está la de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Por último, critica la condena en costas en tanto no fue solicitada en la contestación por la accionada, al tiempo que advierte que no se evaluaron factores relativos a la temeridad o mala fe, necesarios para ponderar su procedencia. En ese sentido, solicita revocar la condena en costas.

3.5 TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 25 de noviembre de 2019, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante, y se dispuso que una vez quedara ejecutada dicha decisión, corriera el término de traslado para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo, si a bien lo consideraba⁷.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante

No alegó en conclusión.

3.6.2. Parte demandada⁸

Alegó reiterando lo expuesto en la contestación de la demanda.

3.6.3. Concepto del Ministerio Público

No rindió concepto.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de estas. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procederá a dictar la respectiva sentencia.

V.- CONSIDERACIONES

⁷ Folio 4 del cuaderno 3 del expediente digitalizado.

⁸ Folio 42 del cuaderno 3 del expediente digitalizado.

5.1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con lo argumentado en el recurso de apelación, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe a determinar si debe ser revocada la decisión adoptada por el Despacho de instancia en la sentencia impugnada donde se resolvió no anular los oficios No. 2016EE79 y 2017EE752 con los que se negó el reconocimiento de la sanción moratoria a favor de los demandantes.

Ello será evaluado de acuerdo con los argumentos expuestos por la parte actora, que afirma que los actores gozan del mismo derecho de los demás empleados que no se encuentran vinculados al Fondo Nacional del Ahorro.

Finalmente, se estudiará si debe revocarse la condena en costas impuesta en primera instancia.

5.3. TESIS DE LA SALA

La Sala sostendrá como tesis que debe confirmarse la sentencia de primera instancia, en el sentido de negar las pretensiones de la demanda. La decisión se sustenta en el hecho que las cesantías administradas por el Fondo Nacional del Ahorro no son gobernadas por la figura de la sanción moratoria.

La forma de liquidación de las mismas impide la materialización del perjuicio que la parte demandante persigue. Esta posición encuentra sustento en decisiones proferidas por el H. Consejo de Estado y la H. Corte Constitucional.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Sobre el sistema de liquidación de cesantías de los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro

Rad. 13-001-33-40-014-2017-00138-01

Con la expedición del Decreto 3118 de 1968, se creó el Fondo Nacional del Ahorro y se dispuso a partir del 1º de enero de 1969 en su artículo 27º, que cada año calendario, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado liquidarían cesantías que anualmente se cause a favor de sus trabajadores o empleados. La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse, aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.

La norma consagró¹⁰ el pago de intereses a favor de los trabajadores en el 9% anual sobre las cantidades que a 31 de diciembre de cada año figuraran a favor de cada empleado público, porcentaje que ascendió a la suma del 12% en virtud del artículo 3º de la Ley 41 de 1975¹¹. Sobre la consignación, dispuso en artículo 49.

“La Nación, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado deberán consignar en el Fondo Nacional de Ahorro las cesantías que a partir del 1 de enero de 1969 se causen en favor de sus empleados y trabajadores.

Lo dispuesto en el inciso anterior se cumplirá de la siguiente manera:

a. Mensualmente, las entidades en referencia deberán depositar en el Fondo una doceava parte del valor de los pagos en favor de sus empleados y trabajadores por salarios y demás conceptos que se incluyan dentro de la base para liquidar al auxilio de cesantía, y

b. Dentro de los primeros tres (3) meses de cada año, las referidas entidades depositarán en el Fondo la diferencia que resulte entre la liquidación de que trata el artículo 27 y las sumas depositadas en desarrollo del literal anterior; o tendrán derecho a que el Fondo les abone en cuenta el exceso de lo depositado sobre la liquidación”.

⁹ “Artículo 27º.- Liquidaciones anuales. Cada año calendario contado a partir del 1 de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados.

La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.”

¹⁰ “Artículo 33º.- Intereses en favor de los trabajadores. El Fondo Nacional de Ahorro liquidará y abonará en cuenta, intereses del nueve (9) por ciento anual sobre las cantidades que el 31 de diciembre de cada año figuren a favor de cada empleado público o trabajador oficial, inclusive sobre la parte de cesantía que se encuentre en poder de establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado que gocen del plazo previsto en el artículo 47.”

¹¹ “Por la cual se modifica el Decreto-ley 1253 de 1975 y se dictan otras disposiciones. (...) Artículo 3º.- El Fondo Nacional de Ahorro liquidará y abonará en cuenta intereses del 12 por ciento anual sobre las cantidades que el 31 de diciembre de cada año figuren a favor de cada empleado público o trabajador oficial, inclusive sobre la parte de cesantías que se encuentren en poder de establecimientos públicos o empresas industriales o comerciales del Estado que gocen del plazo previsto en el artículo 47 del Decreto 3118 de 1968.”

Con la expedición de la Ley 432 de 1998, se reorganizó el Fondo. El artículo 5¹² de dicha norma permitió que el personal vinculado al sector territorial pudiera afiliarse a este fondo para que administrara sus cesantías, reconociera los intereses y protegiera dicha prestación contra la pérdida de valor adquisitivo.

En relación con las transferencias de las sumas de dinero, estableció que *los funcionarios competentes de las entidades públicas empleadoras, que sin justa causa no hagan oportunamente las consignaciones de los aportes mensuales o el envío de los reportes anuales de cesantías debidamente diligenciados, incurrirán en las faltas disciplinarias de conformidad con el régimen disciplinario vigente*¹³.

Así entonces, es evidente que las entidades públicas empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional del Ahorro el valor liquidado por concepto de cesantías durante el transcurso del mes de febrero y el incumplimiento de los funcionarios competentes, sin justa causa, los hará incurrir en las faltas disciplinarias, de conformidad con el régimen disciplinario vigente. Ahora bien, el párrafo estableció de manera expresa que las fechas establecidas en dicho artículo no son aplicables a las entidades públicas del orden departamental y municipal, así como tampoco el régimen establecido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y demás normas que lo reglamenten, modifiquen o sustituyan.

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos relevantes probados

5.5.1.1. El 22 de diciembre de 2016, los hoy demandantes elevaron una petición de reconocimiento de sanción moratoria. En ella, explicaron que el auxilio de cesantías correspondiente al año 2015, que debía ser consignado

¹² «Artículo 5º. Afiliación de servidores públicos. A partir de la vigencia de la presente Ley deben afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.

No se aplica lo anterior al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989.

Podrán afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos que se afilien voluntariamente al Fondo Nacional de Ahorro solo podrán trasladarse a una sociedad administradora de fondos de cesantías, transcurridos tres años desde la afiliación, siempre que no tengan obligación hipotecaria vigente con el Fondo Nacional de Ahorro.

Parágrafo.- En los casos en que los servidores públicos tengan régimen de retroactividad en las cesantías, el mayor valor será responsabilidad de la entidad empleadora».

¹³ Artículo 6 de la norma en comento.

Rad. 13-001-33-40-014-2017-00138-01

antes del 15 de febrero de 2015, fue en realidad consignado en sus cuentas del Fondo Nacional del Ahorro el 7 de julio de 2015¹⁴.

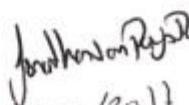
5.5.1.2. El 18 de enero de 2017, mediante oficio 2016EE79, la accionada dio alcance a la petición de los actores, desestimándola¹⁵.

La Ley 432 de 1998, el artículo 193 del Decreto 019 de 2012 y el Acuerdo 2030 de 2014 establece la forma en que las entidades estatales deberán realizar los aportes por concepto de cesantía así: Mensualmente, las entidades públicas empleadoras enviarán al Fondo Nacional de Ahorro una certificación que contenga el valor total de los factores salariales que constituyan base para liquidar cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior.

Esta Secretaría en cumplimiento del mandato legal a través del área de Talento Humano consigno mes a mes las cesantías del personal afiliado al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, en tal virtud no hemos incurrido en la sanción a que hace referencia la Ley 1071 de 2006.

En el evento de requerir documentación relacionada puede acercarse a las oficinas del área de nómina y solicitar a sus costas las copias que necesite.

Atentamente,



5.5.1.3. El 26 de enero de 2017, los demandantes interpusieron recurso de apelación contra la decisión contenida en el oficio reseñado en precedencia¹⁶.

5.5.1.4. El 14 de marzo de 2017, mediante oficio 2017EE752, la accionada dio alcance al recuso presentado, desestimándolo¹⁷.

5.5.1.5. En el plenario, obra comunicación proveniente del Fondo Nacional del Ahorro, intitulada "cargue de cesantías". En ella, se explica que las cesantías correspondientes al año 2014, fueron cargadas en el sistema el 7 de julio de 2015¹⁸.

¹⁴ Folio 59 del cuaderno 1 del expediente digitalizado.

¹⁵ Folio 55 del expediente digitalizado.

¹⁶ Folio 61 del cuaderno 1 del expediente digitalizado.

¹⁷ Folio 56 del cuaderno 1 del expediente digitalizado.

¹⁸ Folio 63 del cuaderno 1 del expediente digitalizado.

Rad. 13-001-33-40-014-2017-00138-01

Señor (a)

ORTIZ OSORIO MIGUEL
URB. EL CAMPESTRE 4 ETAPAS MZ 36 LT 9
CARTAGENA / BOLIVAR
01-2303-201602050019252

Asunto: **CARGUE DE CESANTIAS.**
Rad. 02-2303-201602020098557
C.C / 3091817
Con anexo

Respetado(a) Señor(a)

En cumplimiento a lo establecido en el artículo 23 de la Constitución Política y en atención a la solicitud de la referencia radicada en el Grupo de Atención y respuesta al Consumidor Financiero del día 02 de Febrero 2016, nos permitimos comunicarle:

Verificado nuestro sistema de información, se visualiza que las cesantías correspondientes al año 2014 se cargaron en el sistema el 07 de Julio 2015.

Es importante reiterar lo manifestado en la tutela del 22 de Mayo 2015 Rad. 201566061533261 en el cual informamos que su entidad empleadora FED DISTRITO CARTAGENA con NIT 89048018441 realizó el envío de los archivos planos inconsistentes impidiendo así el cargue de los archivos en la fecha de consignación.

Anexo para su proceder y fines pertinentes el extracto individual de cesantías por la entidad FED DISTRITO CARTAGENA. en el cual puede evidenciar en detalle el

5.5.1.6. De folio 78 a 100 del plenario, obran constancia de afiliación al Fondo Nacional del Ahorro correspondientes a los demandantes.

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Es apenas evidente que lo discutido en el presente asunto no es la consignación tardía de los auxilios de cesantías; en primer lugar, porque no es un tema planteado por el demandante en su apelación; en segundo, porque de las pruebas obrantes en el plenario, ha quedado establecido que los auxilios correspondientes al año 2014, fueron consignados el 7 de julio de 2015.

El real problema a resolver, radicado en establecer si efectivamente no resulta procedente solicitar el reconocimiento y pago de sanción moratoria a los demandantes al estar vinculados al Fondo Nacional del Ahorro.

Para la Sala, los auxilios de cesantías de los actores no están cubiertos por la figura de la sanción moratoria.

Es de anotar que existen diferencias entre la forma de liquidación de las cesantías en tratándose de empleados vinculados al Fondo Nacional del Ahorro y fondos privados. La dinámica del abono mensual de una doceava parte que se da en las cesantías administradas por el Fondo Nacional del Ahorro, transfiere la carga del eventual reconocimiento de rendimientos por intereses al Fondo y despoja de dicha obligación a la entidad territorial.

Con respecto al tema, bien esquematizó el análisis el H. Consejo de Estado en sentencia de 2019¹⁹.

26. En ese orden de ideas, es claro que existen diferencias entre los sistemas de liquidación y manejo de cesantías de los servidores públicos del nivel territorial, en tanto se afilien al Fondo Nacional del Ahorro o a los fondos privados administradores creados por la Ley 50 de 1990, según se expone a continuación:

	Régimen anualizado - fondos privados de cesantías	Fondo Nacional del Ahorro
Beneficiarios	El servidor público del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que opte por afiliarse a los fondos privados de cesantías.	El servidor público del nivel territorial que opte por afiliarse al FNA
Liquidación	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.	Mensualmente, las entidades públicas empleadoras enviarán al Fondo Nacional de Ahorro una certificación que contenga el valor total de los factores salariales que constituyan base para liquidar cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior.
Oportunidad	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.	En la fecha establecida para efectuar las consignaciones de los aportes a los sistemas general de pensiones y de seguridad social en salud, las entidades públicas empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional de Ahorro una

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá, D. C., dieciséis (16) de mayo de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 08001-23-33-000-2013-00352-02(1607-16)

Rad. 13-001-33-40-014-2017-00138-01

		doceava parte de los factores de salarios que sean base para liquidar las cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior para los servidores públicos afiliados.
Intereses	El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.	El Fondo Nacional de Ahorro reconocerá y abonará en la cuenta de cesantías de cada servidor público afiliado, un interés equivalente al 60% de la variación anual del Índice de Precios al Consumidor sobre las cesantías liquidadas por la entidad nominadora correspondiente al año inmediatamente anterior o proporcional por la fracción de año que se liquide definitivamente.
En caso de incumplimiento o del empleador	<u>A favor del servidor público:</u> Sanción de un día de salario por cada día de retardo.	La ley no consagró sanción moratoria en favor del servidor público. En su lugar, establece el derecho a cobrarle a las entidades empleadoras intereses moratorios mensuales, equivalentes al doble interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera, sobre las sumas respectivas para todo el tiempo de la mora.

Sobre el tema, también precisó la H. Corte Constitucional²⁰.

“(...) El Fondo Nacional de Ahorro, si bien administra las cesantías de sus afiliados, como lo hacen las administradoras de fondos de cesantías y pensiones, éstas tienen características claramente distintas con el Fondo Nacional, en atención a la propia naturaleza del objeto que cada entidad desarrolla. En efecto, las administradoras tienen ánimo de lucro, no otorgan crédito hipotecario, se rigen por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, administran las pensiones (administración del negocio de pensiones sobre el que el Fondo Nacional de Ahorro no participa), distribuye sus utilidades y ganancias entre sus dueños (asunto éste ajeno al Fondo).

En el caso del Fondo Nacional de Ahorro, también atendiendo la propia naturaleza de sus objetivos, en su condición de entidad de derecho público, su labor está encaminada, además de pagar las cesantías de sus afiliados, a otorgarles créditos en condiciones claramente favorables. Al carecer de ánimo de lucro, no reparte ganancias a nadie, y, en consecuencia, sus utilidades y excedentes financieros sólo puede invertirlos en el desarrollo de su propio objeto: otorgar crédito de vivienda a los afiliados que lo precisen. Su objeto es ajeno a la administración de pensiones (...).”

El H. Consejo de Estado sostiene una posición²¹ según la cual, la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 no le es aplicable a los afiliados al FNA, toda vez que las diferencias establecidas en la regulación legal del sistema de liquidación de cesantías existente entre la Ley 432 de 1998 (FNA) y el administrado por sociedades administradoras de cesantías, son razonables, en razón a los beneficios que reciben los afiliados a esta Empresa Industrial y Comercial del Estado, que se concretan en los programas de vivienda adelantados y los intereses que se reconocen a las cesantías, así como la compensación en el posible rendimiento financiero que podrían obtener de los privados, de manera que no existe una vulneración al derecho a la igualdad²².

Por encontrarse demostrada en el presente asunto la afiliación de los demandantes al Fondo Nacional del Ahorro, su sistema de liquidación es el

²⁰ Sentencia C-625 de 1998.

²¹ Consejo de Estado. Sección Segunda – Subsección B. Sentencia de 5 de diciembre de 2013. Rad. No. 08001-23-31-000-2011-01269-01 (0229-2013). C.P.: Dr. Gerardo Arenas Monsalve; Sentencia de 27 de abril de 2017. Rad. 2013-00442-01 (1389-2015). C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez; y en el mismo sentido, sentencia del 14 de junio de 2018. Rad. 2013-00357-02 (1672-2016).

²² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá, D. C., dieciséis (16) de mayo de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 08001-23-33-000-2013-00352-02(1607-16)

Rad. 13-001-33-40-014-2017-00138-01

previsto en la Ley 432 de 1998²³, en donde la entidad pública empleadora deberá transferir al fondo una doceava parte de los factores de salarios que sean base para liquidar las cesantías devengadas en el mes inmediatamente anterior, de manera que como se expuso, se trata de regímenes diferentes de liquidación que no pueden ser equiparables en virtud del objeto que uno y otro desarrollan frente a sus afiliados.

Las razones precedentes resultan suficientes para coincidir con la decisión adoptada por el Despacho de origen con respecto a desestimar la pretensión de nulidad de los actos administrativos. Los auxilios de cesantías de los actores se rigen por una normatividad diferente a la que regula la sanción moratoria y son, en esencia, una prestación cuya liquidación es ostensiblemente diferente a la que se rige por los fondos privados.

Sobre el tema de la condena en costas, se dirá que el artículo 365 del CGP consagra que *se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

Si bien la decisión de origen sobre el particular, resulta un tanto escueta, goza de sustento normativo. En ese sentido, no es de recibo la argumentación expuesta por la parte actora, razón por la que no se accederá a lo solicitado.

5.6.- Condena en costas en segunda instancia

El artículo 188 del CPACA señala, que la condena en costas debe liquidarse y ejecutarse conforme al Código de Procedimiento Civil, no obstante, esta norma fue derogada por el Código General del Proceso (CGP). A su vez, el artículo 365.1 del CGP señaló que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En consecuencia, al confirmarse totalmente la sentencia de primera instancia, se condenará en costas de ambas instancias a la parte demandante, las cuales serán liquidadas de forma conjunta por el juzgado de primera instancia.

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

²³ « Por el cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones.»

Rad. 13-001-33-40-014-2017-00138-01

VI.- FALLA

PRIMERO: ACEPTAR el impedimento manifestado por el H.M. JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL, según lo expuesto al inicio de la providencia.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia del 27 de junio de 2019 proferida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

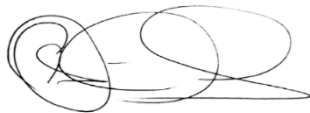
TERCERO: Condenar en costas de primera y segunda instancia a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por el juzgado de primera instancia.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente al juzgado de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión virtual de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA

Impedido

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ