

Cartagena de Indias D. T. y C, veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

## I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO.

<b>Medio de control</b>	Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho – Laboral
<b>Radicado</b>	13001 23 33 000 2019 00131 00
<b>Demandante</b>	Stefany Quintero Corredor
<b>Demandado</b>	E.S.E. Municipal de Magangué Río Grande de la Magdalena.
<b>Tema</b>	Sanción moratoria – afiliación al fondo nacional del ahorro.
<b>Magistrado Ponente</b>	Roberto Mario Chavarro Colpas

## II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala nº 001 de Decisión Oral a dictar sentencia de primera instancia, en el proceso promovido por la señora Stefany Quintero Corredor, por conducto de apoderado especial, contra la E.S.E. Municipal de Magangué Río Grande de la Magdalena, en el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pretendiendo las siguientes declaraciones y condenas:

## III.- ANTECEDENTES

### 1. PETITUM.

Declaratoria de nulidad del acto administrativo presunto derivado de la E.S.E. Municipal de Magangué Río Grande de la Magdalena, respecto a la petición que presento la actora, el día 19 de septiembre de 2017. A título de restablecimiento del derecho, que se condene a la demandada a reconocer y pagar a su favor, el auxilio de cesantía causado en los años 2011, 2012 y 2017, respectivamente.

### 2. HECHOS

A continuación, se resumen los narrados en la demanda así:

La actora se vinculó a la E.S.E. Municipal de Magangué Río Grande de la Magdalena, el 19 de enero de 2011, mediante resolución 0021 del 19 de enero de 2011, código 367 en el cargo de técnico operativo de dicha entidad, con un salario de un millón moneda legal y corriente.

Se afilió al Fondo Nacional del Ahorro, y a partir de entonces, la E.S.E. Municipal de Magangué, a pagar ahí el valor total de sus cesantías causadas desde su vinculación, a más tardar el 15 de febrero de 2012, toda vez que la demandada cancelo los años 2013, 2014 y 2015, quedando pendiente por consignar los años 2011, 2012 y 2017, así como también, los respectivos intereses de cesantías, los cuales no han sido pagados ni consignados al respectivo fondo.

De otra parte, dentro del presente asunto no han operado la prescripción trienal, toda vez que la actora, en la actualidad se encuentra vinculada con la entidad demandada.

### 3. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Invoca en su demanda como sustento de sus pretensiones las siguientes normas de orden constitucional y legal:

#### **Constitucionales:**

Artículos 1, 2, 6, 25, 29, 48, 53, 83, 95, 122, 124 y 125.

#### **Normas Legales:**

- ley 432 de 1998.
- ley 50 de 1990.
- ley 344 de 1996.
- ley 244 de 1995.

### 4. POSICIÓN DE LAS PARTES

#### **4.1. La parte demandante.**

Expone que la E.S.E. Municipal de Magangué Río Grande de la Magdalena, no cumplió con las obligaciones contenidas en la norma, esto es, consignar en forma oportuna las cesantías y los intereses que sobre ella se causa.

#### **4.2. Parte demandada.**

El E.S.E. Río Grande de la Magdalena; Expone que se configuro el fenómeno de la prescripción extintiva del derecho por no reclamar las anualidades dentro de los términos.

### **5. ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda fue presentada el día 14 de diciembre de 2018, en la oficina Judicial para que efectuara el reparto entre los Magistrados del Tribunal Administrativo de Bolívar, correspondiéndole al Despacho n° 001, el cual Mediante auto de 26 de marzo de 2019, admitió la demanda y ordenó la notificación de la misma a la entidad demandada. La admisión de la demanda fue notificada personalmente.

Vencido el traslado de la demanda, se fijó el día 13 de agosto de 2020, para llevar a cabo audiencia inicial. La audiencia en aplicación a lo señalado en el artículo 180 del C.P.A.C.A, se desarrolló en las etapas de saneamiento, excepciones previas, fijación de litigio, decreto de pruebas, posibilidades de conciliación. En la etapa de saneamiento, se concluyó que no había irregularidades dentro del desarrollo del proceso. El litigio se fijó en los siguientes términos: *“compete al Tribunal determinar si los actos administrativos contenidos en el acto ficto o presunto negativo configurado de la no constancia por parte de la demandada de la petición del 19 de septiembre de 2017, en la que se solicita el pago del auxilio de cesantías y el pago de la sanción moratoria derivada del no pago oportuno, se encuentra inmersa en las causales de nulidad que se alegan y en caso positivo si hay lugar al restablecimiento pretendido.”*

En esa misma audiencia, por no haber pruebas que practicar, se ordenó correr traslado a las partes por el término de diez (10) días, para que

presentaran sus alegatos por escrito. Solo la parte demandante presentó sus alegatos. El señor Agente del Ministerio Público no emitió concepto alguno.

## **6. CONSIDERACIONES DE LA SALA.**

### **- Competencia.**

Es competente este tribunal para conocer del presente proceso en primera instancia, de acuerdo a lo establecido en el artículo 152, numeral 2 de la ley 1437 de 2011.

### **- Excepciones**

Esta parte demandada presento la excepción de prescripción, la cual se resolverá de fondo en dado caso que prosperen las pretensiones de la demanda.

### **- Problema jurídico.**

Tal como se dispuso en la fijación del litigio, el debate se centra en determinar si a la señora Stefany Quintero Corredor, tiene derecho a que la E.S.E. demandada, le reconozca y pague las cesantías y la sanción moratoria por falta de consignación de las cesantías por el periodo 2011, 2012 y 2017.

### **- Tesis.**

Al estar acreditado que la actora se encuentra afiliada al Fondo Nacional del Ahorro, esta no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que establece la ley 50 de 1990, razón a que la situación jurídica se gobierna por el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1.998, la cual no previó una sanción por mora en la consignación del auxilio de cesantías, sino el pago de intereses moratorios a favor del Fondo y respecto la cesantías el derecho del fondo exigir el pago por ser la administradora y no a la actora.

### **- Marco normativo y jurisprudencial.**

### Cesantías, concepto y Marco Normativo.

El auxilio de cesantías es una prestación social establecida por la Ley con el fin de amparar al empleado cuando este quede cesante o desempleado. Esta prestación está a cargo del empleador, quien tiene la obligación de reconocérselas a sus trabajadores al terminar la relación laboral, en caso que no hayan sido depositadas en un fondo privado, según lo establece la ley. Además, se constituye en un ahorro disponible para eventos en los que el trabajador necesite invertir en educación, vivienda o desempleo.

Como marco normativo se tiene que las disposiciones más relevantes en la materia son:

- Ley 6ª de 1945, artículo 17, literal a) estableció por primera vez para los empleados y obreros nacionales de carácter permanente el auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, pero teniendo en cuenta sólo los servicios prestados con posterioridad al 1º de enero de 1942.

- Ley 65 de 1946, dispuso: *“Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las Ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tendrán derecho a auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera sea la causa del retiro”*

- Los Decretos 2567 de 1946 y 1160 de 1947 establecieron los parámetros a tener en cuenta al momento de realizar la liquidación de las cesantías.

- Posteriormente, el artículo 27 del Decreto 3118 de 26 de diciembre de 1968, preceptuó, que 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. De igual manera advirtió, que la liquidación anual así practicada, tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse, aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.

En el artículo 33 ibídem, se establecieron intereses en favor de los trabajadores, del 9% anual sobre las cantidades que a 31 de diciembre de cada año, figuraran a favor de cada empleado público o trabajador oficial; porcentaje que ascendió a la suma del 12% en virtud del **artículo 3° de la Ley 41 de 11 de diciembre de 1975<sup>1</sup>**.

Así, con la expedición del Decreto 3118 de 1968, se da comienzo, en el sector público, especialmente en la Rama Ejecutiva Nacional, al desmonte de la retroactividad de la cesantía, para dar paso a su liquidación anual. El pago de intereses a cargo del Fondo Nacional de Ahorro, se previó para proteger dicha prestación de la depreciación monetaria.

En el orden territorial, el auxilio de cesantía continuó bajo los parámetros de la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947, que consagran su pago en forma retroactiva.

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, se estableció el régimen anualizado de liquidación de cesantías y, en el numeral 3°, **la sanción moratoria** por la no consignación oportuna de tal auxilio, a los trabajadores a los fondos privados. 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)*

<sup>1</sup> “Por la cual se modifica el Decreto ley 1253 de 1975 y se dictan otras disposiciones”.

Radicado: 13001 23 33 000 2019 00131 00  
Demandante: Stefany Quintero Corredor

Se expidió luego, la Ley 100 de 1993 *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”*, que en su artículo 242 inciso tercero, estableció la siguiente prohibición: *“A partir de la vigencia de la presente ley no podrán reconocerse ni pactarse para los nuevos servidores del sector salud, retroactividad en el régimen de cesantía a ellos aplicable”*.

El artículo 13 de la Ley 344 de 1996, *“Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarios y se expiden otras disposiciones”*, estableció un nuevo régimen de liquidación anual de cesantías, aplicable a partir de 1997, con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos vinculados o que se vincularan a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que fuera su nivel (nacional, departamental, municipal, o distrital).

Con la Ley 432 de 29 de enero de 1998, se estableció la obligación de afiliación al Fondo Nacional de Ahorro, para los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional y la posibilidad de que los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, hicieran lo propio. En lo referente a la transferencia de las cesantías de los servidores públicos, el artículo 6 ibídem, dispuso:

**“ARTÍCULO 6. - Transferencia de cesantías de servidores públicos.** *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 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.*

*El incumplimiento de la obligación aquí establecida dará derecho al Fondo para cobrar a su favor intereses moratorios mensuales, equivalentes al doble interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, sobre las sumas respectivas para todo el tiempo de la mora.*

*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.*

*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 causal de mala conducta que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.*

**Código: FCA - 008    Versión: 03    Fecha: 03-03-2020**



SC5780-1-9



Radicado: 13001 23 33 000 2019 00131 00  
Demandante: Stefany Quintero Corredor

*En todas las entidades públicas será obligatorio incluir en sus presupuestos las partidas necesarias para atender las cesantías de la respectiva vigencia, como requisito indispensable para su presentación, trámite y aprobación por parte de la autoridad correspondiente.<sup>2</sup>*

En el ámbito territorial, ese nuevo régimen de liquidación anualizada de cesantías, fue reglamentado por medio del Decreto 1582 del 5 de agosto de 1998, vigente a partir del 10 de agosto del mismo año, que en su artículo 1º estipuló:

**“Artículo 1º.-** El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1.996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102 y 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1.990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1.998.

**Parágrafo.-** Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional del Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6º de la ley 432 de 1998”.

Por su parte, la Ley 244 de 29 de diciembre de 1995, fijó los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos de los órganos y entidades del Estado y estableció sanciones, por la mora en el pago de dicha prestación, así:

**“ARTÍCULO 1º** Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

**PARÁGRAFO.** En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hace falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.”

<sup>2</sup> Esta norma fue modificada por el artículo 193 del Decreto 19 de 10 de enero de 2012.



Radicado: 13001 23 33 000 2019 00131 00  
Demandante: Stefany Quintero Corredor

*“ARTÍCULO 2º La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.*

*PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual sólo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.”*

Finalmente, el artículo 1º del Decreto 1252 de 30 de junio de 2000, dispuso que los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la Fuerza Pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de su vigencia, tendrían derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 0 432 1998, según el caso.

Y el artículo 2 ibídem, señaló que los servidores públicos que, a la fecha de 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas, continuarían en dicho régimen, hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional.

Conforme a todo lo expuesto, entonces se definen tres regímenes, distintos, de liquidación de cesantías para el sector público, a saber:

- El Sistema retroactivo, donde las cesantías se liquidan con base en el último sueldo devengado, sin lugar a intereses. Se rige por la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan y es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996.
- De liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, que incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador y cobija a las personas vinculadas a éstos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del Decreto 1582 de 1998-



Radicado: 13001 23 33 000 2019 00131 00  
Demandante: Stefany Quintero Corredor

- El Sistema del Fondo Nacional de Ahorro, el cual rige para los servidores que a él se afilien y contempla la liquidación anual de cesantías, pago de intereses por parte del Fondo, protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y, además, contribuye a la solución del problema de vivienda y educación.<sup>3</sup>

Es importante anotar que la aplicabilidad de cada régimen debe hacerse en su totalidad, sin que puedan mezclarse sus contenidos normativos, de acuerdo al principio de inescindibilidad.

Sobre el principio de inescindibilidad el Consejo de Estado, ha dicho:

*“No obstante, al principio de favorabilidad aplicado por el a quo le secunda el principio de inescindibilidad de la Ley, en virtud del cual **la norma que se adopte debe ser aplicada en su integridad, quedando prohibido dentro de una sana hermenéutica, el desmembramiento de las normas legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezca. De esta manera, quien invoca un ordenamiento que le beneficia y quien en efecto lo aplica, no puede recoger prebendas contenidas en el uno para incrustarlas en la aplicación del otro**”<sup>4</sup> (Negrilla de la Sala)”*

En Sentencia de Unificación CE-SUJ004 de 2016, el Consejo de Estado concluyó lo siguiente, respecto de las cesantías anualizadas:

- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción.
- La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.
- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías

<sup>3</sup> Tomado de la sentencia fechada 19 de julio de 2007, proferida por la Sección Segunda – Subsección B del Consejo de Estado, dentro del expediente N° 9228-05, en la cual fue Consejero Ponente el Dr. Jaime Moreno García.

<sup>4</sup> Consejo de Estado C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia de 8 de mayo de 2008. Expediente 1371-07.



Radicado: 13001 23 33 000 2019 00131 00  
Demandante: Stefany Quintero Corredor

anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago.

- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.

- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.

## **DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA POR LA NO CONSIGNACIÓN OPORTUNA**

En cuanto a la prescripción de la sanción moratoria consagrada en el citado numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016<sup>5</sup> precisó que por tratarse la sanción en comento de una expresión del derecho sancionador no puede ser imprescriptible y que la norma aplicable en materia de prescripción es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, así:

*“Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación “cesantías”.*

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

*Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido*

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, proceso con radicado 08001-23-31-000-2011-00628-01 y número interno 0528-14





Radicado: 13001 23 33 000 2019 00131 00

Demandante: Stefany Quintero Corredor

*que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.*

*Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:*

*“Artículo 151. -Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”*

*La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990”.*

Se concluyó entonces en la sentencia de unificación que la sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de la prescripción trienal y que la fecha desde la cual procede la reclamación por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas es desde el 15 de febrero del año en que el empleador debió realizar la consignación.

Conforme a lo expuesto procederá la Sala a resolver el problema jurídico planteado, de cara a los hechos probados y al marco normativo expuesto.

### **De lo probado.**

Del material probatorio obrante en el expediente, se extraen la conducente, pertinentes y útiles, en las que se encuentran:

Resolución n° 0021 del 19 de enero de 2019, por medio de la cual, se nombra a la señora Stefany Quintero Corredor, en el cargo de técnico operativo código 367, de la E.S.E. del Municipio de Magangué, con una asignación mensual de \$ 1.318.179.

Respuesta 03-2303-201810020013259, expedido por el FNA, la actora se encuentra afiliada al fondo nacional del ahorro, activo aportante. Y se

**Código: FCA - 008    Versión: 03    Fecha: 03-03-2020**



SC5780-1-9



encuentran reportados los aportes de cesantías de la E.S.E de las vigencias 2013, 2014 y 2015. Y que las cesantías correspondientes a las vigencias fiscales de los años 2011, 2012, 2016, 2017 y 2018, no han sido reportadas al fondo.

Solicitud suscrita por la señora Stefanny Quintero Corredor, el día 19 de septiembre de 2017, ante la Gerente de la E.S.E. Municipal Río Grande de la Magdalena de Magangué, pretendiendo el reconocimiento, liquidación y pago de una indemnización por parte de la actora de un día de salario por cada día de mora en la consignación de las cesantías 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016.

- **Caso concreto.**

**Del silencio administrativo negativo**

La controversia radica en determinar si la actora, tiene derecho a que la el E.S.E. Río Grande de la Magdalena, le reconozcan y paguen las cesantías y la sanción moratoria regulada la Ley 50 de 1990, aplicable al sector público en virtud de la ley 344 de 1995, correspondiente a las cesantías analizadas.

Descendiendo al caso que nos ocupa, se tiene entonces que la actora labora como empleada de la E.S.E. de Magangué, solicitó el 19 de septiembre de 2017, ante el respectivo ente, el pago de la sanción moratoria, por el no pago de las cesantías de los periodos 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016; sin que exista prueba de la respuesta de la entidad.

En ese orden de ideas, conforme lo prevé el artículo 83 del CPACA, Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

La demanda fue presentada el 14 de diciembre de 2018, es decir, pasados más de tres meses lo cual implica que el silencio administrativo operó y que, al tenor de lo dispuesto en el literal d) del numeral 1º del artículo 164 ídem podía acudir a la administración en cualquier tiempo.

En tales condiciones cabe razón al demandante en exponer que en el presente caso operó silencio administrativo negativo, lo cual resulta necesario a fin de permitir que se profiera la decisión de fondo.

**Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020**



SC5780-1-9

### ***Decisión de fondo.***

#### **Del pago del auxilio de cesantías.**

En el caso concreto, la demandante pretende que se le sean canceladas las cesantías anualizadas de los periodos 2011, 2012 y 2017.

Como se encuentra probado en Respuesta 03-2303-201810020013259, expedido por el FNA, la actora se encuentra afiliada a dicho fondo y que las cesantías correspondientes a las vigencias fiscales de los años 2011, 2012, 2016, 2017 y 2018, no han sido reportadas.

Siendo así las cosas al estar al estar la actora afiliada al Fondo, y de conformidad con la norma que regula la materia – art. 7 de la ley 432 de 1998- a este último está facultado adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones de las entidades empleadoras y que para tal efecto, la liquidación mediante la cual el Fondo determine los valores adeudados, tendrá carácter de título ejecutivo.

Por lo anterior es evidente que, a pesar que el derecho al pago de las cesantías, es inherente al trabajador, este una vez se afilie al FNA, transfiere la facultad de accionar a la entidad, para el respectivo cobro debido a que su objeto es administrar de manera eficiente las cesantías del trabajador, en las que se encuentra dentro de sus funciones el recaudar y cobrar las cesantías a las entidades empleadoras de sus afiliados, tal y como se expuso anteriormente.

Por tal motivo se negarán las pretensiones de la demanda respecto al pago total de las acreencias laborales adeudas.

#### **Del pago de la sanción moratoria.**

Se encuentra probado en el proceso, la señora Stefany Quintero Corredor, labora en el cargo de Técnico Operativo, desde el 19 de enero de 2011, en la E.S.E. del Municipio de Magangué, igualmente está acreditado que la demandante escogió al Fondo Nacional del Ahorro como entidad

administradora de sus cesantías, según extractos individuales de cesantías y respuesta a solicitudes, expedido por el Coordinador Grupo de Atención y Respuesta al consumidor Financiero.

En ese orden, se tiene que el régimen de cesantías aplicable a la actora se encuentra regulado en la Ley 432 de 1998, que conforme a las normas aplicables a los servidores públicos, no existe remisión expresa, a la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, de ahí que resulta inaplicable, en virtud del principio de inescindibilidad.

Ahora bien, la sanción por mora establecida en el inciso segundo del artículo 6° de la Ley 432, tampoco resulta aplicable para el caso de la demandante, pues, dicha norma lo que hace es facultar al Fondo Nacional del Ahorro, para cobrar a su favor, no a favor del afiliado, interés moratorio a los empleadores del sector público, por la extemporaneidad, en la consignación de los aportes mensuales de doceavas, de los factores que se toman como base para liquidar las cesantías de sus afiliados, para su administración. Es importante anotar, que si bien dicha norma fue modificada por el artículo 193 del Decreto 19 de 10 de enero de 2012, negándose dicho cobro de los intereses moratorios por extemporaneidad, cierto es, que dicha normatividad no es aplicable en el presente asunto, dada la vigencia de dicho decreto.

Así las cosas, es claro que la señora Stefany Quintero Corredor, no tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria reclamada, por cuanto el régimen de cesantías aplicables es el de liquidación anual de cesantías administrado por el Fondo Nacional de Ahorro, situación suficiente para no acceder a sus pretensiones, ya que no es factible como lo pretende el mismo, aplicarle los beneficios legales, establecidos en el régimen de liquidación de cesantías por anualidad, creador por la Ley 50 de 1990, por cuanto comportan situaciones diferentes y se violaría el principio de inescindibilidad ya mencionado.

En este mismo sentido, se pronunció el máximo órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo - Consejo de Estado, en providencia de cinco (5) de Diciembre de dos mil trece (2013), con ponencia del Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE, **Radicación: No. 08001-23-31-000-2011-01269 - Actora: MILDRED DEL ROSARIO GONZALEZ RUBIO MORENO**, así:

*"(...) Respecto a los **servidores públicos afiliados al FNA**, como es el caso de la actora, dicho decreto mantuvo el sistema de liquidación previsto en la Ley 432 de 1998, **el cual no consagra la sanción por mora en la consignación del valor***

**Código: FCA - 008    Versión: 03    Fecha: 03-03-2020**





Radicado: 13001 23 33 000 2019 00131 00  
Demandante: Stefany Quintero Corredor

**de las cesantías, sino el cobro de intereses moratorios a favor del FNA, regulación que como se dejó expuesto en el acápite anterior, obedece a las características propias del sistema de liquidación, la naturaleza y los objetivos del FNA, y que no resulta violatoria del derecho a la igualdad, dadas las particularidades de dicho sistema de liquidación de cesantías, y los beneficios que tienen los afiliados al mismo.**

Esta Sala en la sentencia proferida el 21 de mayo de 2009 dentro del proceso radicado con el No. 2070-2007, C.P. Gerardo Arenas Monsalve expuso en que consiste la diferencia entre la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, en los siguientes términos: "...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".

Dicho planteamiento se ve reflejado en la sentencia de 15 de setiembre de 2011, proferida por la Sección Segunda, Subsección A, con ponencia del Dr. Luis Rafael Vergara, en el siguiente sentido: "la sanción de la Ley 50 de 1990 se aplica mientras esté vigente la relación laboral y será pagadera en el momento en que el trabajador se retire 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, salarios y sanciones moratorias a las que haya lugar. A diferencia de esta, la sanción de la Ley 244 de 1995, por el no pago oportuno de la cesantía definitiva, la cual se activa cuando el funcionario solicita ante la administración su cancelación "

Acorde con lo expuesto, es posible concluir que los servidores públicos territoriales afiliados al FNA se sujetan al sistema de liquidación y consignación previsto en la Ley 432 de 1998, razón por la cual no tienen derecho al pago de la sanción prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 en caso de mora en la consignación del auxilio de cesantía.

**Así pues, dirá la Sala que la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 solo es aplicable a los servidores públicos que han escogido un fondo administrador de cesantías de carácter privado, pues los afiliados al FNA se gobiernan por el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1.998, la cual no previó una sanción por mora en la consignación del auxilio de cesantías, sino el pago de intereses moratorios a favor del Fondo.**

Por otra parte, plantea la recurrente que según el parágrafo del artículo 6 de la Ley 432 de 1998, le es aplicable el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que estima que sí tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora allí prevista.

El texto original de la referida disposición es del siguiente tenor:





Radicado: 13001 23 33 000 2019 00131 00  
Demandante: Stefany Quintero Corredor

*“ARTÍCULO 6. TRANSFERENCIA DE CESANTIAS DE SERVIDORES PUBLICOS. 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 doceava parte de los factores de salario que sean base para liquidar las cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior por los servidores públicos afiliados.*

*En incumplimiento de la obligación aquí establecida dará derecho al Fondo para cobrar a su favor intereses moratorios mensuales equivalentes al doble del interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, sobre las sumas respectivas por todo el tiempo de la mora.*

*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.*

*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 causal de mala conducta que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.*

*En todas las entidades públicas será obligatorio incluir en sus presupuestos las partidas necesarias para atender las cesantías de la respectiva vigencia, como requisito indispensable para su presentación, trámite y aprobación por parte de la autoridad correspondiente. “*

*Dicho artículo fue modificado por el artículo 193 del Decreto 19 de 2012, en el siguiente sentido:*

*(...)*

*Es claro que el mencionado párrafo a que alude la apelante fue introducido con ocasión de la modificación dispuesta por el Decreto 019 de 2012.*

***Pues bien, al respecto, dirá la Sala que no le asiste razón a la apelante en cuanto sostiene que le es aplicable la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 por cuanto dicha interpretación contradice el contenido de la Ley 432 de 1998 y su decreto reglamentario 1582 de 1998, de acuerdo con el cual el régimen de liquidación de cesantías aplicable a los afiliados del Fondo Nacional del Ahorro es el contenido en la referida Ley 432 de 1998 el cual tiene una justificación razonable en consideración a la naturaleza y los objetivos de la entidad, así como los beneficios que dicho sistema comporta para sus afiliados, quienes como contraprestación a la baja rentabilidad, gozan del derecho a obtener créditos de vivienda con menor onerosidad que los ofrecidos por el sector financiero.***

*Aunado a ello, aclara la Sala que el referido párrafo del artículo 6 de la Ley 432 de 1998 fue adicionado por el artículo 193 del Decreto 019 de 2012, el cual es posterior a la ocurrencia de los hechos (2006 a 2010), razón por la que no resulta aplicable en virtud del principio de irretroactividad de la ley que impide*



extender los efectos de una norma a situaciones ocurridas con anterioridad a su vigencia.

A modo de conclusión, reitera la Sala que la cesantía de los servidores públicos territoriales vinculados a las entidades estatales a partir del 31 de diciembre de 1996 es anualizada y su liquidación se regirá por las normas correspondientes al Fondo escogido por el servidor, bien sea los llamados fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, el cual incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador, o el Fondo Nacional del Ahorro, que contempla el pago de intereses al empleado por parte del Fondo y se rige por la Ley 432 de 1998.

(...)” (Resalta la Sala)

Posición que fue ratificada, a través de providencia 26 de mayo de 2016<sup>6</sup> proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado bajo el No. 080012331000201200011001, demandante: Hernando Enrique Viloria Maury, demandado: Distrito E.I.P. de Barranquilla, en la que se dijo:

“(…)”

**Acorde con lo expuesto, es posible concluir que los servidores públicos territoriales afiliados al Fondo Nacional del Ahorro se sujetan al sistema de liquidación y consignación previsto en la Ley 432 de 1998, razón por la cual no tienen derecho al pago de la sanción prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 en caso de mora en la consignación del auxilio de cesantía, contrario a lo señalado por el A-quo, que previó a conceder las súplicas de la demanda omitió analizar el régimen de cesantías del actor.**

**En consecuencia, la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 solo es aplicable a los servidores públicos que han escogido un fondo administrador de cesantías de carácter privado y manifiesten de forma expresa al empleador su voluntad de renunciar al beneficio de la retroactividad; contrario a los afiliados al FNA cuya situación jurídica se gobierna por el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1.998, la cual no previó una sanción por mora en la consignación del auxilio de cesantías, sino el pago de intereses moratorios a favor del Fondo, razón por la cual debido a que al actor no le asiste el derecho reclamado, la Sala deberá revocar la sentencia de primera instancia en tanto accedió a las súplicas de la demanda interpuesta en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.**

(...)” Negrilla fuera del texto

Por tanto encuentra esta Corporación que en el presente asunto no procede el cobro de la sanción moratoria establecida en la ley 244 de 1995 modificada

<sup>6</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B

por la ley 1071 de 2006, al encontrarse la ejecutante afiliada al Fondo Nacional del Ahorro, de acuerdo con las argumentaciones expuestas en precedencia.

Conforme todo lo anteriormente expuesto, es evidente para la Sala, que el acto administrativo acusado, no viola las disposiciones constitucionales y legales invocadas por la parte demandante, por cuanto, la actividad desarrollada por el E.S.E. de Magangué - Bolívar, alrededor del trámite de los auxilios de cesantías de la actora, no configura de manera alguna la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1999.

Así mismo de conformidad con el art. 7 de la Ley 432 de 1.998, corresponde al Fondo adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones de las entidades empleadoras, por lo que no hay lugar a ordenar pago de las cesantías, debido a que, para tal efecto, la liquidación mediante la cual el Fondo determine los valores adeudados, tendrá carácter de título ejecutivo.

Por lo anterior al no tener derecho la actora al reconocimiento y pago de las cesantías y la sanción moratoria que regula la ley, por estar afiliada al Fondo Nacional del Ahorro, la Sala considera pertinente negar las pretensiones de la demanda.

### **Costas**

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1º del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte vencida en el proceso cuando objetivamente se cumpla con la regla de no haber salido adelante en sus pretensiones y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, se condenará a la parte demandante al pago de costas que efectivamente se hayan causado, ordenando a la Secretaría General de esta Corporación su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en las mismas las agencias en derecho que procederá a fijar dando aplicación al el Acuerdo 10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

7. **DECISIÓN.**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión nº 001 administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO:** Condenase en costas a la parte demandante. Por secretaría, una vez en firme la sentencia se liquidará, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

**TERCERO:** Notifíquese esta sentencia, en los términos del artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

**CUARTO:** Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha

**LOS MAGISTRADOS**

  
**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.**  
**(PONENTE)**

  
**DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN**

  
**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**

Firmado Por:

**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 001 SIN SECCIONES DE BOLIVAR**

**Código: FCA - 008    Versión: 03    Fecha: 03-03-2020**



SC5780-1-9



Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**950dcff677ac2ffa22ada9175004b6fb84faa456c12e2b3f88643509d258797d**

Documento generado en 26/04/2021 10:52:13 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**