



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, dieciséis (16) de septiembre de dos mil trece (2013).

REF. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
RADICADO N°: 70-001-33-33-003-2012-00025-00
DEMANDANTE: DAYLA MILENA MARTÍNEZ DÍAZ
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SINCELEJO.
TEMA: SANCION MORATORIA AFILIADOS AL FNA.

Asunto:

Surtidas las etapas del proceso ordinario (Arts. 179 C.P.A.C.A.), presentes los presupuestos procesales, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado (art. 180 de la Ley 1437 de 2011), e impedimento procesal, se procede a dictar **sentencia de primera instancia.**

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA.

1.1.1. Partes.

- Demandante **Dayla Milena Martínez Díaz**, actuando a través de apoderado¹**Vianis Baldovino Arrieta**, abogada quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 1.103.094.218 expedida en Corozal y tarjeta profesional No. 179.684 C.S.J.
- Demandado: **Municipio de Sincelejo.**

¹Fol. 8

1.1.2. Pretensiones.

- Que se declare la Nulidad del acto administrativo contenido en el oficio Nro. 02.01.10.378.04.2012 de fecha abril 11 de 2012, proferido por el jefe de Recursos Humanos de la alcaldía de Sincelejo, a través del cual se decide una petición de pago de sanción moratoria de carácter laboral por la no consignación oportuna de cesantías, donde fue negado el reconocimiento y pago de la sanción solicitada.
- Que como consecuencia de la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio Nro. 02.01.10.378.04.2012 de fecha del 11 de abril de 2012, al municipio de Sincelejo se condene y pague, por conceptos de perjuicios materiales, sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías al fondo de cesantías, correspondientes al tiempo laborado, comprendido entre el 5 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2010, las cuales debieron ser canceladas a más tardar en el mes de febrero de 2011, pero lo fueron solo hasta el 9 de marzo de 2012, es decir, una mora de 368 días.
- Que la entidad demandada sea condenada al pago a título de indemnización por concepto de perjuicios de carácter extra patrimonial o inmaterial, modalidad de perjuicios morales, el equivalente a cincuenta (50) S.M.L.M.V, por la grave aflicción y padecimiento de la accionante, al ver que la entidad empleadora no consignada dentro del término legal las cesantías correspondientes al periodo laborado, comprendido desde el 05 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2010 y las anteriores sumas de dinero sean reconocidas debidamente indexadas al momento en que efectivamente se haga el pago.

1.1.3. Hechos relevantes.

Como fundamentos fácticos o hechos relevantes enuncia el demandante los siguientes:

- El municipio de Sincelejo, a través del decreto 003 del 4 de enero de 2010 nombró a la señora DAYLA MILENA MARTINEZ DÍAZ, en el cargo de profesional universitario, código 219, grado 05, adscrito a la Secretaría General de dicho ente territorial.
- La accionante tomo posesión del cargo el 05 de enero de 2010 y prestó sus servicios personales al municipio de Sincelejo desde el 05 de enero de 2010 hasta el día 30 de noviembre de 2011, fecha en la cual fue comunicada su desvinculación de la entidad.
- Mediante Resolución Nro. 3540 del 22 de diciembre de 2011, se le reconoció y se ordenó el pago de la liquidación definitiva de las prestaciones sociales a la señora Dayla Milena Martínez Díaz, excluyendo el pago de las cesantías causadas desde el 05 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2010.
- Durante el tiempo laborado en el municipio de Sincelejo, no le fue consignada de manera oportuna al respectivo fondo de cesantías del 05 de enero al 31 de diciembre de 2010.
- El municipio de Sincelejo solo hasta el 09 de marzo de 2012, consignó las cesantías correspondientes al periodo laborado por la accionante, comprendido entre el 05 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2010.
- De conformidad a lo anterior, el municipio de Sincelejo incurrió en trescientos sesenta y ocho (368) días de mora, en el pago de las cesantías parciales correspondientes al periodo comprendido entre el periodo 05 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2010.
- Argumentó la parte que mediante de derecho de petición del 16 de marzo de 2011, cuando en realidad era 16 de marzo de 2012, debidamente recibido el 16 de marzo de 2012 por la oficina de correspondencia del municipio de Sincelejo, fue solicitado el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

- Con base en lo anterior, mediante oficio Nro. 02.01.10.378.04.2012 del 11 de abril de 2012, proferido por el municipio de Sincelejo, a través del Jefe de Recursos Humanos, negó reconocimiento y pago de la sanción moratoria solicitada por la accionante en el derecho de petición citado anteriormente. Igualmente, el día 8 de mayo de 2012, fue presentada la solicitud de conciliación extrajudicial, correspondiéndole por reparto al Procurador 104 Judicial I Administrativo, declarándola fallida.

1.1.4. Disposiciones Violadas

Con la actuación de la entidad demandada se infringieron los siguientes preceptos constitucionales y legales: de la Constitución Nacional Arts. 2º, 6, 23, 25, 29 y 53; ley 50 de 1990, artículo 99 numeral 3; artículo 1 del decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 432 de 1998; Decreto 1582 de 1998, por medio del cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996.

1.1.5 Concepto de la Violación

Indicó que la respuesta consignada en el oficio Nro. 02.01.10.378.04.2012 del 11 de abril de 2012, proferido por el jefe de Recursos Humanos de la Alcaldía de Sincelejo, va en contra vía y es violatoria de las normas mencionadas. Por cuanto no garantiza los derechos contenidos en las leyes y la constitución, al omitir el reconocimiento de un derecho, es violatorio del derecho al trabajo y todas sus condiciones. Adicionalmente es violatoria de los principios de irrenunciabilidad de los beneficios laborales y de la situación más favorable para el trabajador.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada el 31 de julio de 2012²
- Se admitió el día 29 de agosto de 2012³

²Fol. 20

³Fols. 30-31

- El 10 de septiembre de 2012, se notificó el auto admisorio de la demanda a la entidad demandada Municipio de Sincelejo y a la Agencia para la Defensa del Estado⁴
- Por auto del 18 de febrero de 2013⁵, se fijó fecha para la audiencia inicial.
- El 04 de abril de 2013⁶ se realizó la audiencia inicial
- El 02 de mayo de 2013⁷, se realizó la audiencia de pruebas, la cual fue suspendida por cuanto no se encontraba consignadas todas las pruebas solicitadas.
- El día 16 de mayo de 2013⁸, se realizó la continuación de la audiencia de pruebas.
- Mediante auto del 15 de julio de 2013⁹ se corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Municipio de Sincelejo contestó en los siguientes términos¹⁰:

Frente a los hechos se pronuncia así:

- El hecho primero es cierto según la prueba documental que se aporta.
- Con respecto al hecho segundo la posesión del cargo de la accionante es cierto, los demás aspecto del hecho, no le consta.
- Frente a los hechos tercero, cuarto, quinto, séptimo no son ciertos.
- En razón al hecho sexto, se aclara que el municipio de Sincelejo realizó la consignación de cesantías, correspondientes al periodo demandado.
- En consideración al hecho octavo indica que el municipio no podría cancelarle sus cesantías de manera directa.

⁴Fols. 38-40

⁵Fol. 58

⁶Fols. 80-83

⁷Fols. 84-85

⁸Fols. 104-105

⁹ Fol. 127

¹⁰Fols. 46-53

- Los hechos noveno, décimo, undécimo, duodécimo y décimo quinto son ciertos.
- Los hechos décimo tercero y décimo cuarto no son hechos. Son apreciaciones.

En pro de su causa, argumentó que la señora Dayla Milena Martínez Díaz, se afilió voluntariamente al Fondo Nacional del Ahorro, para que la administración municipal transfiriera sus cesantías causadas a esta entidad.

Para la defensa es de importancia la fecha de desvinculación de la accionante de la entidad por cuanto, conforme a la ley 1071 de 2006 en sus artículos 4 y 5, hacen mención sobre el término para la solicitud de liquidación de las cesantías y la mora en el pago. Adicionando a lo anterior que la accionante no hizo solicitud de liquidación de sus cesantías definitivas con posterioridad a la fecha de su retiro.

Indicó la parte, que la administración a pesar de la ausencia de la solicitud por parte de la actora, mediante resolución Nro. 3540 del 22 de diciembre de 2011, reconoció y ordeno el pago de la liquidación de las cesantías por valor de \$1.751.527.00. Posteriormente, el 9 de marzo de 2012 la administración municipal transfirió al Fondo Nacional del Ahorro el aporte de cesantías, por ser esta la entidad administradora de las cesantías de la accionante. Por lo cual, arguye la parte que el municipio de Sincelejo deposito dentro de los 65 días que establece la ley 244 de 1995 y la ley 1071 de 2006.

Advirtió la parte que la accionante laboro entre el 5 de enero de 2010 y el 30 de noviembre de 2011. Por cuanto la transacción realizada por el municipio de Sincelejo al fondo de cesantías de la accionante fue realizada en término legal.

Adicionalmente, el apoderado de la parte demandada señaló que según extracto individual de cesantías expedido por el Fondo Nacional de Ahorro, la accionante se encontraba vinculada voluntariamente a dicho fondo; por lo cual el régimen de cesantías de la demandante por ser

servidora pública del orden territorial afiliada al Fondo Nacional del Ahorro, es el de la ley 432 de 1998 y no el de la ley 50 de 1990.

1.4 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

De la parte demandante¹¹:

Ratificó que está plenamente configurada la causal de nulidad alegada; por cuanto el municipio de Sincelejo, no consignó a tiempo las cesantías en el fondo, debiéndose estas consignar a más tardar en el mes de febrero de 2011, sin embargo, dicha transacción fue realizada el 09 de marzo de 2012.

Agregó que la sanción moratoria está plenamente configurada, ya que para el caso de los servidores públicos del orden territorial por expresa disposición de la ley 344 de 1996 y el decreto 1582 de 1998, tiene derecho al pago de una sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo, en los términos de la ley 50 de 1990.

Indicó que el hecho de encontrarse afiliada al Fondo Nacional del Ahorro, no es una limitante para la aplicación de la sanción moratoria de que habla el decreto 1582 de 1998, ya que este no excluye la aplicación de la sanción moratoria contenida en la ley 50 de 1990 para todos los servidores públicos del nivel territorial que estén o no afiliados al Fondo Nacional del Ahorro.

Además de lo expuesto, indica que el artículo 1 del decreto 1582 de 1998, lo que muestra es diferenciar y establecer los procedimientos de liquidación y pago de las cesantías en los fondos de carácter privado y en los fondos de carácter público.

De la parte demandada¹²: Argumentó sobre los mismos hechos presentados en la contestación de la demanda. Adicionalmente, señala la parte que el acto administrativo demandado, no es violatorio de la ley 50

¹¹Fols. 135-137

¹² Fols. 131-134

de 1990, puesto que la misma se aplica a los trabajadores del sector privado.

Expresó que, en el presente caso la accionante se afilió voluntariamente al Fondo Nacional del Ahorro, por lo que el régimen de liquidación y pago cesantías es el establecido en la Ley 432 de 1998, tal y como lo establece literalmente artículo 1 del decreto 1582 de 1988.

Concluyó que, la parte actora erradamente invoca la ley 50/1990 para acceder a unas pretensiones, las cuales le son propias a los servidores públicos del nivel territorial y vinculado a partir del 31 de diciembre de 1996, que fueron afiliados a los fondos privados de cesantías. Por otro lado, según extracto individual de cesantías de la accionante, el municipio de Sincelejo, canceló intereses moratorios al Fondo Nacional del Ahorro.

Del Ministerio Público: No se pronunció.

2 CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA

El juzgado es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO

Se pretende la nulidad del acto administrativo contenido en **el oficio No 02.01.10.378.04.2012 de fecha de recibido 13 de abril de 2013¹³**, expedido por la Jefa de la Oficina Jurídica del Municipio de Sincelejo, mediante el cual se negó a la señora DAYLA MILENA MARTINEZ DIAZ, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria contenida en el artículo 99 numeral 3° de la Ley 50 de 1990.

¹³Folios 11-12

2.3. TESIS DE LAS PARTES

De lo argumentado en el desarrollo del proceso, se advierten las siguientes posturas:

La parte demandante, señala que hay lugar al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contenida en el artículo 99 numeral 3° de la Ley 50 de 1990, por remisión expresa conforme lo estipulado en el artículo 1 del decreto 1582 de 1998, reglamentario de la ley 432 de 1998, consistente en un día de salario por cada día de retardo por no realizar de manera oportuna la consignación de las cesantías de la actora.

A su turno, la entidad convocada se opone a la pretensión de nulidad, por cuanto la administración municipal realizó en término legal el aporte de las cesantías de la accionante al Fondo Nacional del Ahorro, adicionalmente, señalo, que por estar afiliada a este último, no hay lugar a aplicar la ley 50 de 1990 y que la accionante indicó que trabajó en la entidad hasta el 31 de diciembre de 2010, cuando en realidad es hasta el 30 de noviembre de 2011.

2.4 PROBLEMA JURÍDICO.

Teniendo en cuenta lo anterior y acorde con la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial, para este despacho, el problema jurídico estriba en determinar, ¿Si se configuran los presupuestos que dan lugar al reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, reclamada por la actora como empleada pública del Municipio de Sincelejo y afiliada al Fondo Nacional del Ahorro, por no consignar oportunamente las cesantías de los años 2010 y 2011?

Para arribar a solución de lo planteado, se abordará el siguiente hilo conductor: (i) De la sanción moratoria consagrada en el numeral 3° del artículo 99 de la ley 50 de 1990 para los empleados del sector territorial (ii) Régimen aplicable (iii) caso concreto.

2.4.1.- De la sanción moratoria consagrada en el numeral 3° del artículo 99 de la ley 50 de 1990 para los empleados del sector territorial.

En el sector público territorial coexisten varios regímenes que gozan de vigencia en el ordenamiento jurídico, cada uno de ellos se aplica de manera integral en virtud del principio de inescindibilidad, los cuales son:

1.- Régimen de Cesantías con Retroactividad o tradicional, establecido por la ley 6ª de 1945, decreto 2755 de 1966, ley 65 de 1946, decreto 1160 de 1947, ley 244 de 1995, ley 344 de 1996, reglamentada por el decreto 1582 de 1998 y el decreto 1252 de 2000.

El mismo, es aplicable a los servidores públicos territoriales vinculados antes del 30 de diciembre de 1996 y cuya característica fundamental estriba en que la liquidación del auxilio se realiza al finalizar la relación laboral y no contempla el pago de intereses

2.- Régimen Administrado por el Fondo Nacional de Ahorro, desarrollado en el artículo 5° y demás normas pertinentes de la ley 432 de 1998; 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.

3.- Régimen de Liquidación de Cesantías por Anualidad, creado por la Ley 50 de 1990, aplicable para los empleados públicos del orden territorial que se vinculen con la Administración a partir del 31 de diciembre de 1996 y aquellos servidores, que siendo cobijados por el régimen de retroactividad decidan acogerse al anualizado.

La sanción moratoria que pretende la accionante se le dé aplicación por falta de consignación del auxilio de cesantías, está consagrada en la siguiente normatividad:

En el Artículo 99 de la Ley 50 de 1.990, se establece que:

“El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1. 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 que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.
2. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcional 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.
3. 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”.

El régimen anualizado de las cesantías, alcanzó aplicabilidad en el sector público al entrar en vigencia el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, esto es el 31 de diciembre del mismo año, que textualmente dispone:

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

- a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;
- b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.”.

Disposición que fue reglamentada posteriormente, mediante Decreto 1582 de 1998, en los siguientes términos:

“Artículo 1°.- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley

50 de 1990; **y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998**". (Negritas fuera del texto)

La normativa en comento, permite entonces la entrada en vigencia del sistema de liquidación anual de cesantías para el sector público conforme las disposiciones del artículo 99 de la ley 50 de 1990. Sistema que como vimos, consiste en liquidar a 31 de diciembre de cada año el valor de las cesantías causadas y consignarlas en un fondo administrador a más tardar el 15 de febrero de la anualidad siguiente a la que se causen.

Esta forma de liquidación anual, trae consigo, el pago de intereses de cesantías correspondientes al 12% anual y una sanción consistente en un día de salario por cada día de retardo para el empleador público que consigne las cesantías más allá del plazo de gracia concedido para el efecto (15 de febrero).

De conformidad con lo expuesto, hay lugar al pago de la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, cuando al trabajador beneficiario del régimen anualizado de cesantías no se le consigne anualmente de forma oportuna la prestación causada.

Así lo ha manifestado el Consejo de Estado en

"Así las cosas, mientras la Ley 344 de 1996 previó el nuevo régimen anualizado de cesantías y el sistema a aplicar para las personas vinculadas con el Estado a partir de diciembre de 1996, el Decreto 1582 de 1998, fue el que trajo consigo la sanción moratoria contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable a partir de la entrada en vigencia de dicho decreto (10 de agosto de 1998).

El nuevo régimen entonces, además de contemplar que a 31 de diciembre de cada año el empleador debe hacer una liquidación definitiva de las cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, ordenó que dicho valor se consignara antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo eligiera.

La sanción moratoria, se concreta en un día de salario por cada día de retardo, cuando el empleador no consigna la cesantía definitiva por la anualidad o fracción correspondiente, antes del 15 de febrero como ya se señaló.

En este punto, resulta importante diferenciar las sanciones contempladas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo del Decreto 1582 de 1998 y la prevista en la Ley 244 de 1996, dado que cada una tiene un origen y finalidad distinta. La primera, hace referencia a la indemnización derivada de la falta de consignación por parte del patrono antes del 15 de febrero de cada año, del auxilio de cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre, en un fondo privado. Y la segunda, por su parte, se genera frente a la falta de pago de dicha prestación a la terminación de la relación legal o reglamentaria, habida cuenta, que la entidad tiene la obligación de reconocerla y pagarla dentro de los términos señalados en la ley, so pena de incurrir en la sanción prevista en el artículo 2 parágrafo, de esa norma.

Lo anterior indica, que la sanción de la Ley 50 de 1999, se aplica hasta que esté vigente la relación laboral y será pagadera hasta el momento en que el trabajador se retira del servicio, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios a que tenga derecho. A diferencia de esta, la sanción de la Ley 244 de 1996, para el pago de la cesantía definitiva, se activa cuando el funcionario solicita ante la administración su cancelación.

En conclusión, el alcance de tales sanciones es diverso, su reconocimiento no es concurrente, sino por el contrario, es excluyente.

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

constituye la actualización del valor de la cesantía no pagada oportunamente" ¹⁴

Bajo el mismo patrón decisonal, la Sección II del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo¹⁵ sobre el régimen de liquidación anual de las cesantías sus características y la sanción contemplada en caso de incumplimiento, señaló:

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

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

En aras de mayor claridad frente a la confusión presentada por la parte actora en relación a la sanción por falta de pago de las cesantías y por la no consignación de las mismas, es importante esclarecer que existe diferencia entre la indemnización derivada de la falta de consignación antes del 15 de febrero en un fondo, por la cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre, con la que surge frente a la falta de pago de dicha prestación a la terminación de la relación legal o reglamentaria, ya que una vez que se presenta este hecho, esto es, cuando el trabajador se retira del servicio por cualquier causa y la administración no consigna oportunamente la cesantía que adeuda, deberá cancelar a título de indemnización la sanción prevista en la Ley 244 de 1995.

Así las cosas, a pesar de la naturaleza sancionatoria de una y otra indemnización, las situaciones que gobiernan son distintas, la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo 1° del Decreto 1582 de 1998 se genera por la no consignación oportuna de la cesantía que se paga anualizada, y la segunda, la prevista en la Ley 244 de 1995 se genera por el no pago de la cesantía al momento del retiro del servicio. Es decir, que la segunda de las sanciones será pagadera hasta el momento en que el trabajador se retira del servicio, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Sub-Sección en providencia del 25 de noviembre de 2010, expediente No. 25000-23-25-000-2004-01754-01 (0811-09) C.P Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO Sección Segunda, Subsección B, C.P Víctor Hernando Alvarado Ardilla, sentencia de 5 de agosto de 2010.Rad. No08001-23-31-000-2008-00394-01 (1521-09)

un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios a que tenga derecho.

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

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

2.4.2. Régimen aplicable a los Afiliados al Fondo Nacional del Ahorro.

Acorde con lo dicho, cuando un servidor público se encuentra afiliado a un fondo de privado es clara la aplicación de la regulación prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, pero, como quiera que la demandante se encuentra afiliada al Fondo Nacional del Ahorro, debe estarse a la regulación consagrada en la Ley 432 de 1998.

Tenemos así, que el Fondo Nacional del Ahorro fue creado mediante Ley 3118 de 1968, cuyo objeto es administrar de manera eficiente las cesantías y contribuirá a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados, con el fin de mejorar su calidad de vida, convirtiéndose en una alternativa de capitalización social.

En el artículo 3 de la Ley 432 de 1998, menciona entre las funciones del Fondo Nacional del Ahorro las siguientes:

“ (...)

a) **Recaudar las cesantías de los afiliados de acuerdo con las disposiciones vigentes.**

b) Pagar oportunamente el auxilio de cesantía a los afiliados;

- c) Proteger dicho auxilio contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley;
- d) Adelantar con criterio de justicia social e imparcialidad en la adjudicación, utilizando los recursos disponibles, programas de crédito hipotecario y educativo para contribuir a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados, para lo cual podrá celebrar convenios con las Cajas de Compensación Familiar y entidades de la economía solidaria, y con entidades públicas o privadas, nacionales o internacionales. Para el cumplimiento de su objeto y funciones, el Fondo Nacional de Ahorro no adelantará directamente ni contratará la construcción de vivienda;
- e) Administrar los recursos nacionales del subsidio familiar de vivienda que le sean asignados, para la construcción, adquisición y liberación de gravamen hipotecario de la vivienda con interés social de los afiliados, en conformidad con la Ley 3a. de 1991;
- f) Exigir las garantías y contratar las pólizas de seguros necesarias para la protección de la cartera hipotecaria, de los bienes e intereses patrimoniales de la empresa y de otros riesgos cuyo amparo se estime social y económicamente provechoso para los afiliados;
- g) Establecer métodos e instrumentos adecuados, como también constituir reservas suficientes, para atender oportunamente el pasivo de cesantías en favor de sus afiliados;
- h) Promover el ahorro nacional y encauzarlo hacia la financiación de proyectos de especial importancia para el desarrollo del objeto del Fondo;
- i) El Fondo Nacional de Ahorro podrá a través de convenios interadministrativos con el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y de Estudios Técnicos en el Exterior (Icetex), conceder créditos educativos para los afiliados, su cónyuge, compañero (a) permanente e hijos. Los créditos educativos estarán dirigidos al fomento de la educación técnica, universitaria y postgrados, esta última, en Colombia o en el exterior. El Gobierno Nacional reglamentará las condiciones y modalidades de dichos convenios a realizar con el Icetex, y las garantías que deben prestar los deudores; y
- j) Las demás que le señalen las disposiciones vigentes."

Igualmente, el artículo 5to de la mencionada ley, expone sobre la afiliación del servidor público:

"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 al 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 sólo 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.

PARAGRAFO. En los casos en que los servidores públicos tengan régimen de retroactividad en las cesantías, el mayor valor será responsabilidad de la entidad empleadora."(Negrillas propias)

En relación a la transferencia de cesantías, el artículo 6 orienta lo siguiente:

"ARTICULO 60. TRANSFERENCIA DE CESANTÍAS: Durante el transcurso del mes de febrero las entidades empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional del Ahorro el valor liquidado por concepto de cesantías, teniéndose en cuenta los dos últimos números de NIT para fijar fechas de pago.

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 las faltas disciplinarias de conformidad con el 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.

PARÁGRAFO: Las fechas estipuladas en este artículo para el cumplimiento de la obligación de transferencia no serán aplicables a las entidades públicas empleadoras del orden departamental y municipal, el régimen establecido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en lo relacionado con las fechas de transferencia de cesantías, y demás normas que la reglamenten, modifiquen o sustituyan."(Negrillas y subrayado del despacho).

De la relación normativa se desprende, que en el régimen administrado por el Fondo Nacional del Ahorro, no es posible dar aplicación al artículo 99 de la ley 50 de 1990, por la misma exclusión efectuada en la ley 432 de 1998 y lo dispuesto en el artículo 1° del decreto 1582 de 1998, el cual en si mismo constituye un sistema de liquidación de cesantías diferente a las reglas que gobiernan el sistema anualizado de Fondos privados.

Aunado a lo anterior, dada la regulación prevista en el artículo 6 inciso 2 de la Ley 432 de 1998, determinada en que **mensualmente** la entidad empleadora, en el caso en mención el municipio de Sincelejo, debe enviar al Fondo Nacional del Ahorro certificación que contenga el valor total de los factores salariales que constituyan base para liquidar cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior, sin que pueda considerarse como fecha o punto de partida para aplicación de sanciones el 15 de febrero de la anualidad siguiente, como en el caso de la Ley 50 de 1990.

Además, tal cual lo establece el parágrafo del artículo 6°, las fechas establecidas en dicha norma para el cumplimiento de las transferencias no son aplicables a las entidades públicas del orden departamental o municipal y en consecuencia, no es posible tener como fecha válida y máxima para consignar el 15 de febrero de cada anualidad, criterio que surge de la misma lectura del artículo 1° del decreto 1582 de 1998, al disponer que, el Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

La situación anterior, contrario a las normas aplicables a los empleadores públicos del orden territorial y municipal, si fue contemplada en la misma ley 432 de 1998, al disponer en su artículo 9° que:

ARTICULO 9o. LIQUIDACION Y CONSIGNACION DE CESANTIAS DE TRABAJADORES DEL SECTOR PRIVADO. Los empleadores del sector privado deberán liquidar y consignar las cesantías de sus trabajadores afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, de acuerdo con lo establecido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990

En ese orden, por virtud de la cláusula de libertad configurativa del legislador, no se extienden los efectos del artículo 99 de la ley 50 de 1990, a los servidores públicos territoriales que se afilien voluntariamente al FNA, porque ello, sólo aplica para afiliación de servidores públicos a fondos privados de cesantías y empleadores del sector privado conforme lo ordena el artículo 9 ídem.

La CORTE CONSTITUCIONAL, en relación con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y sus características, ha señalado en sentencia C- 625 de 1998:

“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.

Desde la presentación del proyecto de ley, que, posteriormente, se convirtió en la ley 432 de 1998, se advirtió que el propósito de esta transformación no era

asimilarse a las sociedades administradoras de fondos de cesantía y de pensiones, sino que el proyecto (producto del acuerdo logrado con las organizaciones sindicales que agrupan a los trabajadores estatales), pretendía que se dotara al Fondo de los instrumentos necesarios para continuar entregando soluciones de vivienda a sus afiliados, y corregir una desventaja notoria que existía en contra de sus afiliados, respecto del bajo rendimiento de sus cesantías. La ley, en este aspecto, pretende proteger las cesantías de sus afiliados, reconociéndoles una rentabilidad mínima".

2.4.3. Caso concreto.

Del acervo probatorio se encuentra acreditado lo siguiente:

- Resolución Nro. 3540 por medio del cual se reconoce y ordena el pago una liquidación definitiva de prestaciones sociales a la señora Dayla Martínez Díaz, proferida por el alcalde municipal; a través de la cual indica que la señora Martínez Díaz trabajó al servicio del municipio de Sincelejo, en el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 05, adscrito a la Secretaria General, desde el 05 de enero de 2010 hasta el 30 de noviembre de 2011.¹⁶
- Solicitud de reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990. La señora Dayla Milena Martínez Díaz en nombre propio presentó el 16 de marzo de 2012 la petición escrita ante Municipio de Sincelejo, con el fin de que se reconociera la sanción moratoria generada por la no consignación en tiempo del auxilio de cesantías correspondientes.¹⁷
- Respuesta del Municipio de Sincelejo al pedimento mediante el oficio 02.01.10.378.04.2012 de fecha 11 de abril de 2012, indicando que la administración municipal había realizado la correspondiente transferencia al fondo de cesantías de la accionante en debido término.¹⁸

¹⁶ Ver folios 82

¹⁷ Ver folios 9-10

¹⁸ Ver folios 11-12

- Extracto individual de cesantías de la señora Dayla Milena Martínez Díaz del Fondo Nacional del Ahorro expedida el 13 de marzo de 2012.¹⁹
- Oficio suscrito por el Coordinador Punto de Atención Sucre del Fondo Nacional del Ahorro, en donde informa que la señora Dayla Milena Martínez Díaz se encuentra afiliada al Fondo Nacional del Ahorro como funcionaria de la Alcaldía de Sincelejo desde el 24 de enero de 2011, estando actualmente en estado de retirado.²⁰
- Oficio suscrito el Jefe de la División de Afiliados y Entidades del Fondo Nacional del Ahorro, en donde informa que la señora Dayla Milena Martínez Díaz, en su cuenta le fueron consignados los aportes correspondientes a cesantías por parte del municipio de Sincelejo. Adicionalmente que los dineros consignados le fueron pagados a la señora Martínez Díaz el día 22 de marzo de 2012 en cuantía de \$3.736.887.00. Anexando movimiento de cuentas en cesantías de la actora donde reporta las consignaciones realizadas por el Municipio de Sincelejo y el respectivo retiro de estas.²¹

Por consiguiente y atendiendo el problema jurídico expuesto en acápites anteriores y a las pruebas recaudadas, está probado que la señora Dayla Milena Martínez Díaz se encontraba vinculada al Municipio de Sincelejo a partir del 05 de enero de 2010 hasta el 30 de noviembre de 2011 en el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 05, adscrito a la Secretaria General²².

De igual manera se encuentra probado dentro del plenario que la actora se encuentra afiliada al Fondo Nacional del Ahorro, desde el 24 de enero de 2011²³ y que la entidad accionada mediante las resolución. No 3540 de del 22 de diciembre de 2011 ordenó la consignación del auxilio de cesantías correspondiente a los años 2010 y 2011 respectivamente.

¹⁹ Ver folio 16.

²⁰ Folios 115-116

²¹ Fols. 118-121

²² Fol. 82

²³ Ver folio 115-116

Así las cosas y atendiendo las consideraciones expuestas líneas antes, fundadas en la afiliación probada de la actora al Fondo Nacional del Ahorro, la norma aplicable en lo relacionado con la consignación de sus cesantías viene dado conforme lo ordenado por el artículo 1 del decreto 1582 de 1998 y por la ley 432 de 1998, la cual excluye de aplicación a los empleados públicos del orden territorial afiliados al FNA, de la sanción moratoria establecida en el artículo 99 de la ley 50 de 1990.

Ahora bien, si se tomara una interpretación contraria a la realizada en el acápite de régimen aplicable, sobre el párrafo del artículo 6° de la ley 432 de 1998, modificado por el artículo 193 de decreto 19 de 2012, ello no cobijaría a la demandante como quiera que la sanción que reclama deviene de las falta de consignación de las cesantías de los años 2010 y 2011, fecha para la cual no estaba vigente el artículo 193.

Corolario de lo expuesto, no hay lugar a declarar la nulidad impetrada, dado que no vulneraron las normas pretendidas por la parte actora, y por consiguiente han de negarse las pretensiones de la demanda.

3. CONDENA EN COSTAS:

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

Así las cosas, se condena en costas a la parte demandante, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 392 y 393 del CPC. Las agencias en derecho se establecen en favor de la parte demandada, en porcentaje del uno (1%) por ciento de las pretensiones reclamadas, equivalentes a la suma de cuatrocientos noventa mil quinientos cincuenta y dos pesos (\$490.552), conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

4. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NIEGUESE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENASE en costas a la parte demandante, por Secretaría tásense. Las agencias en derecho se establecen en favor de la parte demandada, en porcentaje del uno (1%) por ciento de las pretensiones reclamadas, equivalentes a la suma de cuatrocientos noventa mil quinientos cincuenta y dos pesos (\$490.552), conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

TERCERO: En firme este fallo, devuélvase al la P. demandante el excedente si lo hubiere de las sumas consignadas para gastos del proceso, efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CESAR E. GÓMEZ CÁRDENAS
JUEZ