Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00209-00

Cartagena de Indias D. T y C, veintitrés (23) de Agosto de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**
Radicado	**13-001-33-33-008-2017-00209-00**
Demandante	**LUZ MARINA CÁRDENAS VILLEGAS Y OTROS**
Demandado	**DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS**
Tema	**SANCIÓN POR MORA EN PAGO DE CESANTÍAS AFILIADOS AL FNA**
Sentencia No	**0181**

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por **LUZ MARINA CÁRDENAS VILLEGAS Y OTROS**, a través de apoderado judicial, contra el **DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS**.

2. ANTECEDENTES

Por medio de escrito, la parte actora a través de apoderado judicial, presentó acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en la cual se impetran las siguientes pretensiones y se narran los siguientes hechos.

PRETENSIONES

1-Que se declare la nulidad del Oficio SED-RE-2725 de fecha 25 de Agosto de 2016 y del Oficio No. 2017EE868 de fecha 14 de Marzo de 2017, expedidos por la Alcaldía Distrital de Cartagena – Secretaría de Educación Distrital, por medio de los cuales se negó el reconocimiento y pago de 141 días de sanción moratoria por no haber consignado o cargado las cesantías del año 2014, antes del 15 de Febrero de 2015, en las cuentas individuales que tiene cada uno de los demandantes en el Fondo Nacional del Ahorro.

2-Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar a cada uno de los demandantes por concepto de sanción moratoria el equivalente a 141 días de salarios del año 2014, que van, desde el 15 de Febrero hasta el 07 de Julio de 2015.

3-Que se condene a la entidad demandada a indemnizar a los demandantes en todos los daños que se prueben dentro del proceso, conforme a lo establecido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

4-Que se le ordene a la entidad demandada a pagar la condena impuesta de acuerdo a lo establecido en los artículos 187 y 192 del CPACA.

5-Que se condene a la entidad demandada al pago de costas - gastos procesales y agencias en derechos.

HECHOS.

Señaló la parte demandante, que los demandantes en la actualidad son empleados de la Alcaldía Distrital de Cartagena y se encuentran afiliados al Fondo Nacional del Ahorro; que, la Alcaldía Distrital de Cartagena no consignó en la cuenta individual que tiene cada uno de los demandantes en el Fondo Nacional del Ahorro, el valor liquidado por concepto de cesantías del año 2014, antes

Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00209-00

del 15 de febrero del 2015; que, el Fondo Nacional del Ahorro, a través de oficio informó que verificado el sistema de información, se observó que las cesantías correspondientes al año 2014, se cargaron en el sistema el 07 de Julio de 2015; que, con dicho oficio se demuestra, que la Alcaldía Distrital de Cartagena – Secretaria de Educación Distrital, incurrió en 141 días de mora; que, a efectos de agotar la vía gubernativa, se presentó la solicitud radicada con el No. EXT-AMC-16-0047589 de fecha 22 de Julio de 2016, la entidad demandada negó dicha solicitud mediante Oficio No. SED-RE-2725, en contra de la misma se interpuso el recurso de reposición y en subsidio de apelación radicados con el No. EXT-AMC-16-0064563 de fecha 27 de Septiembre de 2016, y mediante oficio 2017EE868 de fecha 14 de Marzo de 2017, se resolvieron negativamente los mismos.

NORMATIVIDAD VIOLADA y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Constitución Política: 1, 2, 6, 13, 25, 53, 58, 84, 122, 123, 125, 209 y 228
CPACA: 1-3, 15, 28, 31, 35, 36, 57, 83 – 85, 137 Y 206.
Legales: Ley 50 de 1990; Ley 344/96; ley 244 de 1995; y artículos 4 y 5 de la ley 1071 de 2006.

A pesar que la ley obliga al pago o consignación de las cesantías a más tardar el día 15 de febrero de cada año, el Distrito de Cartagena de Indias solo realizó el pago en el año 2015, el 07 de julio del mencionado año, por lo que cancela por fuera de los términos establecidos en la ley, lo que genera una SANCION para la entidad equivalente a 1 día de salario, con posterioridad a los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, contado hasta cuando se efectúe el pago de estas cesantías.

Bajo las anteriores argumentaciones solicita la apoderada del demandante, se le concedan las pretensiones de la demanda.

- **CONTESTACIÓN**

DISTRITO DE CARTAGENA: Argumentó 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,...sino al pago de intereses moratorios a favor del fondo. 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.

Conforme la ley 432 de 1998, el fondo solo responde ante sus afiliados por los valores efectivamente pagados por las entidades nominadoras, quienes deben consignar y certificar mensualmente la doceava parte del valor de las cesantías anuales de cada empleado, y el Distrito ha realizado los pagos dentro de los cinco primeros días de los 12 meses del año 2014, para lo cual se aportan los soportes de pago, por lo tanto quien estaría hipotéticamente a responder de existir una sanción es el Fondo y no el Distrito.

Propone las excepciones de inexistencia de la obligación reclamada, pago de la obligación reclamada e inexistencia de mala fe por parte del Distrito de Cartagena.

TRAMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el día 30 de agosto de 2017, mediante auto de fecha 25 de septiembre del mismo año se admite, y fue notificada al demandante por estado electrónico No. 128.

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el día 04 de octubre de 2017 de conformidad con el artículo 199 del CPACA.

Mediante auto de fecha 27 de febrero de 2018 se citó a las partes a audiencia inicial para el día 15 de mayo de 2018, se celebró audiencia de pruebas el día 28 de junio hogaño, se cerró el debate probatorio y se concedieron 10 para la presentación de alegatos y que se dictaría sentencia dentro de los 20 días siguientes al vencimiento del término anterior.

- **ALEGACIONES**

DEMANDANTE: Reitera los argumentos expuestos en la demanda, indicando que en el presente asunto quedó demostrado que el Distrito de Cartagena canceló por fuera de los términos establecidos en la ley la cesantía, lo que generó una SANCION para la entidad equivalente a 1 día de salario del empleado, pues dicha prestación del año 2014, debía ser consignada a más tardar el dia 15 de febrero 2015 y solo se hizo por parte del empleador el 7 de julio de dicho año.

DEMANDADO:

DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS: Reitera los argumentos expuestos con la contestación de la demanda, en cuanto a que conforme la ley 432 de 1998, el fondo solo responde ante sus afiliados por los valores efectivamente pagados por las entidades nominadoras, quienes deben consignar y certificar mensualmente la doceava parte del valor de las cesantías anuales de cada empleado, y el Distrito ha realizado los pagos dentro de los cinco primeros días de los 12 meses del año 2014, para lo cual se aportan los soportes de pago, por lo tanto quien estaría hipotéticamente a responder de existir una sanción sería el Fondo y no el Distrito.

MINISTERIO PÚBLICO: No emitió concepto en el presente asunto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

4. CONSIDERACIONES

- **PROBLEMA JURIDICO**

¿Procede el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990 a favor de los demandantes por el pago tardío de las cesantías?

- **TESIS**

Para los servidores públicos afiliados al FNA no procede la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías sino el cobro de intereses moratorios, ahora, distinto tratamiento merece la indemnización que consagra la Ley 244 de 1995 modificada y aclarada por la Ley 1071 de 2006, pues está referida al no pago en tiempo de las cesantias definitivas o parciales, las primeras obviamente al haber finalizado el vínculo laboral.

Aclarado lo anterior, observamos que con los documentos que reposan a **folios 52 a 91** se prueba la afiliación de los 31 demandantes al Fondo Nacional del Ahorro, por lo que les es aplicable el **sistema de liquidación previsto en la Ley 432 de 1998**, el cual no consagra la sanción por mora en la **consignación del valor de las cesantías**, sino el cobro de **intereses moratorios a favor del FNA**. tal como lo ha dejado claro la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, previamente citada, respecto a dicho sistema igualmente el máximo tribunal de lo contencioso administrativo. ha indicado que obedece a las caracteristicas 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, por lo que no es de recibo pretender la aplicación de la sanción estatuida en el artículo 99 de la ley 50 de 1990.

Entonces, conforme el escenario fáctico y jurídico antes planteado, y habiéndose determinado que a los demandantes por encontrarse afiliados al FNA los cobija el sistema de liquidación previsto en la Ley 432 de 1998, el cual no consagra la sanción por mora en la consignación del valor de las cesantías, sino el cobro de intereses moratorios a favor del FNA, se negarán las pretensiones de la demanda, pues aunque se hubiese llegado a demostrar demora o extemporaneidad en la consignación de las cesantías por parte del empleador, DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, la legitimación en la causa por activa para el cobro de esos intereses moratorios está en cabeza del Fondo Nacional del Ahorro, materializándose con ello la excepción propuesta por la parte pasiva, denominada "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN RECLAMADA", así se indicará en la parte motiva.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias. fácticas y normativas:

ANALISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.

El auxilio de cesantia se rige por lo dispuesto en la Ley 6 de 1945 que, en su artículo 17, estableció esta prestación social en razón de un mes de sueldo por cada año de servicios.

Por su parte, la Ley 65 de 1946 determinaba:

> "Articulo 1º. Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del poder público, hállense o no escalafonados en la carrera administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantia por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa de retiro".

Posteriormente, el artículo 1 del Decreto 1160 de 1947 reiteró en los mismos términos la prestación para los empleados y obreros al servicio de la Nación.

El Decreto 3118 de 1968, que creó el Fondo Nacional del Ahorro, en su artículo 27, dispuso que cada año calendario, contado a partir del 1º 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 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.

En el artículo 33 de la referida norma se establecieron intereses a favor de los trabajadores en el 9% anual sobre las cantidades que al 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 1975.

Con el Decreto 3118 de 1968 empieza en el sector público el desmonte del régimen retroactivo de las cesantías, y se da paso al anualizado.

Luego con la Ley 344 de 1996 se determina la liquidación anual de las cesantías para todos los servidores públicos que se vinculen, en cualquiera de sus niveles. Para reglamentar esa Ley se expidió el Decreto 1582 de 1998, para los servidores públicos vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afiliaran a los fondos privados de cesantías, a quienes se les aplican los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990.

De este recuento normativo sobre el auxilio de cesantías, y en palabras de la Corte Constitucional, esta prestación social es un derecho irrenunciable de todos los trabajadores que debe asumir el empleador, con el doble fin de que el empleado pueda atender sus necesidades mientras permanece cesante y además pueda, en caso de requerirlo, satisfacer otros requerimientos importantes como vivienda y educación. Es asi como en la sentencia C-310 de 2007, señaló que *"la cesantía consiste en una prestación que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador, estableciéndose un mecanismo que busca, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantía-, permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda "*.

Por su parte, la Ley 1071 de 2006, la cual adiciona y modifica la Ley 244 de 1995 consagra:

> "ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.
>
> ARTÍCULO 2o. AMBITO DE APLICACIÓN. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.
>
> ARTÍCULO 3o. RETIRO PARCIAL DE CESANTÍAS. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2o de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:
>
> 1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.
>
> 2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.
>
> ARTÍCULO 5o. MORA EN EL PAGO. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo

Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00209-00

que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales 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 solo 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 este".

En el mismo sentido se ha pronunciado el H. consejo de Estado con los siguientes argumentos:

En cuanto al procedimiento que debe surtir la Administración para la liquidación del auxilio de cesantía, la Ley 244 de 1995 previó lo siguiente:

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 hacen falta anexar.

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

Una vez proferida la Resolución de liquidación de la cesantía, el artículo 2 ibídem, contempla que el pago se efectuará dentro del siguiente término legal:

"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.

(...)

Como quedó establecido, la moratoria en el pago de las cesantías se rige por el procedimiento contemplado en la Ley 244 de 1995, previendo que luego de presentada la solicitud la Entidad cuenta con 15 días máximo para expedir la Resolución de liquidación de las cesantías definitivas, 5 días de ejecutoria y 45 días hábiles para el pago..." (Negrillas fuera del texto)

Visto el anterior recuento normativo se procede a dilucidar el siguiente interrogante: ¿En materia de servidores públicos para hacerse acreedor a la sanción moratoria dispuesta en la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, es necesario acreditar la mala fe del empleador ?

Al respecto se ha de precisar que como quiera que en materia de servidores públicos para hacerse acreedor a la sanción moratoria dispuesta en la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, no es necesario acreditar la mala fe del empleador o encargado del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías.

La anterior tesis se sustenta en que por mandato constitucional en Colombia no puede existir empleo público sin funciones previamente definidas en la ley, y también se contempla que no habrá gasto previamente presupuestado.

Por consiguiente, en materia presupuestal es obligación de las entidades hacer provisiones para el pago y cancelación de prestaciones sociales de los servidores públicos vinculados con ellas, para que una vez se cumplan los supuestos de la ley para el pago de dichas prestaciones sociales, especificamente el auxilio de cesantías, se tenga la partida presupuestal para ello.

Es con fundamento en esta filosofía, la previsión del gasto, y hacer efectiva la finalidad de las cesantías, esto es garantizar el sustento del trabajador mientras se encuentre cesante que se impuso a la administración un término perentorio para su pago y una sanción en la eventualidad que este no se realizara o se hiciera de forma tardía.

La sanción que el legislador contempló es objetiva, pues para su configuración solo se requiere demostrar que no se cancelaron en término las cesantías definitivas que fueron reconocidas por la misma entidad, y esta apreciación se evidencia en la norma cuando en el parágrafo 2 del artículo 2 de la ley 244 de 1995, el cual se reprodujo en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, de forma expresa se sostiene "para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo," pues la intención del Legislador al establecer dicha sanción fue justamente castigar la omisión o el retardo en el pago de la prestación.

Lo anterior, sin desconocer que la parte demandada pueda demostrar en el caso concreto sometido a control jurisdiccional, que el no pago o la mora pudo generarse por una causa externa, imprevisible y no atribuible a su conducta.

En igual sentido al de esta providencia se ha pronunciado el Consejo de Estado, en sentencia de 21 de septiembre de 2006, en donde sostuvo:

> "(...)
>
> 3. No son acertados los argumentos que esgrime la entidad para negar el reconocimiento de la sanción deprecada, consistentes en que no se acreditó su mala fe para abstenerse del pago. La norma consagra para la entidad la obligación, –sin condiciones-, de pagar un día de salario por cada día de retardo, y si bien pudieron ocurrir circunstancias de extinción de tal obligación o de la responsabilidad que ella acarrea en los términos del régimen general de las obligaciones jurídicas, ellas no fueron acreditadas en el expediente (caso fortuito o fuerza mayor).
>
> (...)" (Negrilla y subrayado fuera de texto)
>
> Por otra parte, en sentencia de Sala Plena de 27 de marzo de 2007 el Consejo de Estado advierte que cuando la administración resuelve el requerimiento en forma tardía "buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción del artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual empieza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la que el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas."

De manera que a criterio de este Juzgado se sanciona la conducta de las entidades públicas que "amarran" la expedición del acto administrativo de reconocimiento hasta contar con los recursos presupuestales correspondientes y una vez obtenido ellos, profieren la Resolución ordenando el pago a favor de su ex trabajador y disponiendo su cancelación aparentemente dentro de los 45 dias siguientes a su ejecutoria, en los términos de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Al respecto ha dicho el Consejo de Estado en sentencia del 17 de noviembre de 2016[1], lo siguiente:

> De la normatividad transcrita se observa que el legislador no sólo reguló la mora en el pago de las cesantías, sino que además le dio un término a la entidad para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las mismas, por ende, debe estudiarse cada caso en concreto, pues si el acto administrativo de reconocimiento se expide dentro del término legal conferido, los 45 días para el pago comienza a contabilizarse desde la firmeza del mismo; no obstante, si la entidad competente para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías sobrepasa el término para emitirlo, por culpa de la entidad y no del solicitante, no es procedente inferir que el término de la sanción moratoria empieza a contarse desde la firmeza del acto administrativo expedido tardíamente, toda vez que ello atentaría contra el espíritu de la norma, que es darle un tiempo prudencial a la entidad para que realice el procedimiento interno de reconocimiento y pago de una prestación social que le pertenece al servidor público por el solo hecho de laborar en la entidad.

En el caso de la sanción moratoria esta no aplicaría en conjunto con la indexación porque la primera es un valor que se está actualizando todos los días, a razón de un salario diario por día de retraso, lo cual no implica perdida alguna de valor adquisitivo de la indemnización. En el mismo sentido se pronunció el Alto Tribunal Contencioso Administrativo en sentencia[2] citada anteriormente de la siguiente forma:

> Sobre el particular es pertinente citar la jurisprudencia que indica la posición pacífica que ha mantenido la Sección Segunda en este punto, a saber:
>
> "[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria sino que, incluso, es superior a ella. Ha dicho la Sección Segunda que "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 [...]"18 (Subraya de la Subsección).

Por consiguiente, debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria.

CESANTIAS DEFINITIVAS – Sanción moratoria / EMPLEADO AFILIADO AL FONDO NACIONAL DEL AHORRO.[3]

---

[1] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "A" Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01. Número Interno: 1520-2014

[2] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "A" Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01. Número Interno: 1520-2014

[3] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "A" Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Bogotá D.C., 12 de diciembre de 2017. Radicación: 27001-23-33-000-2014-00162-01. Número Interno: 4469-15. - Sentencia O-137-2017

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: Para el caso de los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro procede el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas de que trata la Ley 244 de 1995 adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, pero en el caso concreto no hay lugar a su reconocimiento por prescripción extintiva. A los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro, que como ya se anotó está regulado por el artículo 5 de la Ley 432 de 1998, y demás normas concordantes y se caracteriza por la liquidación anual de cesantías y el pago de intereses sobre los valores transferidos al FNA. Esta Corporación sostuvo que tratándose de afiliados al FNA, la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías, esto es la consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, no procede y además se precisó la diferencia entre esta y la prevista en la Ley 244 de 1995 correspondiente al no pago oportuno de las cesantías definitivas es claro, y no existe discusión alguna, que **para los servidores públicos afiliados al FNA no procede la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías sino el cobro de intereses moratorios**, ahora, distinto tratamiento merece la indemnización que consagra la Ley 244 de 1995 modificada y aclarada por la Ley 1071 de 2006, pues está referida al no pago en tiempo de las cesantías definitivas o parciales, las primeras obviamente al haber finalizado el vínculo laboral.

Bajo estos supuestos resolveremos el caso que nos ocupa.

CASO CONCRETO

En el caso particular, se tiene que el apoderado de los demandantes, promovió el presente medio de control con la finalidad que se declare la nulidad del acto administrativo que niega la solicitud de pago de sanción moratoria, y como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la entidad demandada a cancelar tal sanción por la consignación tardía de las cesantías del año 2014 en el Fondo Nacional del Ahorro.

Este Despacho judicial, con el fin de adoptar la decisión que en derecho corresponde en el presente caso, procede a continuación a realizar el análisis factico, probatorio y jurídico del mismo.

Seguidamente debemos recordar que el ordenamiento jurídico colombiano regula tres sistemas diferentes de liquidación del auxilio de cesantías, respecto a ellos la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 22 de agosto de 2000 indicó:

> «[...] Del recuento normativo se concluye que en la actualidad existen tres sistemas diferentes de liquidación y manejo de cesantías para servidores públicos del orden territorial, a saber (sic) y una situación generada por el tránsito legislativo, a la que se hará alusión posteriormente:
>
> 1°.- Sistema retroactivo: 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.
>
> **2°.- Sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la ley 50 de 1990:** incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador; cobija a las personas vinculadas a estos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del decreto 1582 de 1998.
>
> **3°.- Sistema del 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. [...]» (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Así mismo, el Consejo de Estado[4] sostuvo que tratándose de afiliados al FNA, la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías, esto es la consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, no procede y además se precisó la diferencia entre esta y la prevista en la Ley 244 de 1995 correspondiente al no pago oportuno de las cesantías definitivas:

« [...] Efectuada la precisión anterior, le corresponde a la Sala establecer si en calidad de afiliada al FNA, la actora tiene derecho a obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación en forma oportuna de las cesantías, de acuerdo con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

[...]

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 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".*

[...]

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. [...]» (subrayas fuera de texto)

Conforme lo anterior es claro, que para los servidores públicos afiliados al FNA no procede la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías sino el cobro de intereses moratorios, ahora, distinto tratamiento merece la indemnización que consagra la Ley 244 de 1995

[4] Consejo de Estado, sección segunda, CP Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 5 de diciembre de 2013 Radicación: 08001-23-31-000-2011-01269-01 (0229-2013). Se puede consultar también sentencia de 4 de febrero de 2016 Radicación 08001233100020110141 5-01 (4255-13).

modificada y aclarada por la Ley 1071 de 2006, pues está referida al no pago en tiempo de las cesantías definitivas o parciales, las primeras obviamente al haber finalizado el vínculo laboral.

Aclarado lo anterior, observamos que con los documentos que reposan a **folios 52 a 91** se prueba la afiliación de los 31 demandantes al Fondo Nacional del Ahorro, por lo que les es aplicable el **sistema de liquidación previsto en la Ley 432 de 1998**, el cual no consagra la sanción por mora en la **consignación del valor de las cesantías**, sino el cobro de **intereses moratorios a favor del FNA**, tal como lo ha dejado claro la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, previamente citada, respecto a dicho sistema igualmente el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, ha indicado que 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, por lo que no es de recibo pretender la aplicación de la sanción estatuida en el artículo 99 de la ley 50 de 1990.

De otro lado, conforme a los lineamientos jurídicos expuestos, sólo sería posible el reconocimiento de la indemnización que consagra la Ley 244 de 1995 modificada y aclarada por la Ley 1071 de 2006, cuando al haber finalizado el vínculo laboral no se materializa el pago en tiempo de las cesantías definitivas o parciales, pero en el asunto bajo estudio al confrontar los hechos, pretensiones y las documentales traídas al proceso, se verifica que la discusión gira alrededor de la consignación de las cesantías de la vigencia 2014 solo el día 07 de julio de 2015, y al decir del apoderado demandante dicha consignación debió realizarse a más tardar el 15 de febrero de dicho año, basado en la ley 50 de 1990, pero como quedó claro la misma no rige a los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro (FNA).

Entonces, conforme el escenario fáctico y jurídico antes planteado, y habiéndose determinado que a los demandantes por encontrarse afiliados al FNA los cobija el sistema de liquidación previsto en la Ley 432 de 1998, el cual no consagra la sanción por mora en la consignación del valor de las cesantías, sino el cobro de intereses moratorios a favor del FNA, se negarán las pretensiones de la demanda, pues aunque se hubiese llegado a demostrar demora o extemporaneidad en la consignación de las cesantías por parte del empleador, DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, la legitimación en la causa por activa para el cobro de esos intereses moratorios está en cabeza del Fondo Nacional del Ahorro, materializándose con ello la excepción propuesta por la parte pasiva, denominada "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN RECLAMADA", así se indicará en la parte motiva de esta providencia.

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".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso; así mismo lo explicó el Consejo de Estado[5] a través de su jurisprudencia.

Conforme lo anterior, se condena en costas a la parte vencida de conformidad con el Art. 188 del CPACA, las cuales se liquidaran por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados; y las agencias en derecho se fijarán conforme lo manda el ACUERDO No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, emanado del Consejo Superior de la Judicatura,

[5] Sentencia del Consejo de Estado- Sección Segunda, radicado Interno No. 12912014, Consejero Ponente: Willian Hernández Gómez, de fecha 05 de abril de 2016

que a consideración de este fallador, en el caso sub-judice, corresponden al 3% de las pretensiones.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar probada la excepción de "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN RECLAMADA", alegada por la parte demandada.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Condénese en costas a la parte vencida, las cuales se liquidaran por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados. Las agencias en derecho se tasan en un 3% del monto de las pretensiones.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase los remanentes si los hubiere y archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez