

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 65

Santiago de Cali, abril diecisiete (17) de dos mil diecisiete (2017)

Radicación	76001-33-33-005-2014-00314-00
Demandante	Nydia González de Nates
Demandado	Departamento del Valle del Cauca
Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho Laboral
Juez	CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, instaurado a través de apoderado judicial, por la señora NIDIA GONZÁLEZ DE NATES en contra del DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 1.1.** Declarar la nulidad del actor ficto presunto negativo por medio del cual el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA no dio respuesta al derecho de petición formulado en diciembre 1 de 2010, con radicado 494495.
- 1.2.** Declarar la nulidad de los actos fictos presuntos negativos generados por la entidad demandada al no resolver el recurso de reposición y en subsidio el de apelación formulados en abril 24 de 2011.
- 1.3.** Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condenar al DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA al restablecimiento del derecho de la demandante en los siguientes términos:
 - 1.3.1.** Consignar el retroactivo de las cesantías reconocidas y pagadas con ocasión del proceso de homologación y nivelación salarial llevada cabo por dicha entidad.
 - 1.3.2.** Reconocer y pagar la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, a favor de la demandante, por la no consignación oportuna de la diferencia de las cesantías retroactivas en el Fondo Nacional del Ahorro desde febrero 2 de 2007 –fecha en que el Ministerio de Educación Nacional reconoció la deuda al

Departamento del Valle del Cauca, correspondiente a los años 2007 a 2013 y siguientes- hasta el momento de la consignación o pago total de dicha prestación, cuya mora equivalente a 2.630 días.

- 1.3.3.** Indexar los valores reconocidos como consecuencia de la sanción moratoria impuesta.
- 1.3.4.** Dar cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en el artículo 176 y subsiguientes del C.C.A.

2. HECHOS

- 2.1.** El DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA adelantó proceso de homologación y nivelación salarial, en consecuencia ordenó el pago retroactivo de salarios y prestaciones sociales, conforme se ordenó en los Decreto 910 de diciembre 30 de 2005, 0668 de agosto 22 de 2005, 0138 de marzo 16 de 2006, 0469 de octubre 26 de 2006, 1273 de diciembre 11 de 2008, 1272 de diciembre 11 de 2008 y 1281 de diciembre 12 de 2008.
- 2.2.** La entidad demandada, en el estudio técnico elaborado, incluyó la orden de pago retroactivo de salarios y prestaciones sociales.
- 2.3.** El estudio técnico en mención fue aprobado y certificado por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, lo cual conllevó a que el salario de la demandante se incrementara y en consecuencia, se modificaran las bases salariales para liquidar las prestaciones sociales, entre ellas, las cesantías. De ahí surgió la obligación del DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA de girar los recursos al Fondo correspondiente, producto de la reliquidación de las cesantías de la señora NIDYA.
- 2.4.** En la orden de pago del retroactivo salarial consta que se realizaron los respectivos descuentos por concepto de aportes a las cesantías e intereses de éstas, reconocidas en forma retroactiva.
- 2.5.** Desde el año 2007 –año en que el Ministerio de Educación Nacional reconoció la deuda al Departamento del Valle del Cauca- este Ente Territorial omitió sin justa causa su obligación de depositar oportunamente las cesantías al Fondo de Cesantías de la demandante. En consecuencia, se causó a favor de la demandante la sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías, conforme a lo señalado en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
- 2.6.** La señora NIDYA GONZÁLEZ DE NATES, actualmente (al momento de presentación de la demanda) se encuentra vinculada al DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA y al FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

- 2.7.** Verificado el estado de las cesantías, se establece que el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA no depositó oportunamente el retroactivo de las mismas, que son producto de la homologación y nivelación salarial en comento.
- 2.8.** La no consignación oportuna de las cesantías de los años 2007 a 2014, ha ocasionado perjuicios a la actora, habida cuenta que el referido Fondo reporta saldos menores o no consignación, lo cual imposibilita a aquella para obtener beneficios o créditos mayores.
- 2.9.** Las cesantías en comento debieron ser consignadas a más tardar en febrero 2 de 2007, fecha en la que el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL reconoció la deuda al DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, lo mismo que los retroactivos de los años 2008 a 2014 que a la fecha de verificación no habían sido consignados al FONDO NACIONAL DEL AHORRO.
- 2.10.** El DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA se sustrajo al deber legal de consignar la diferencia de las cesantías causada por la nivelación salarial del que fue objeto la demandante en febrero 2 de 2007.
- 2.11.** En diciembre 1 de 2010 la demandante presentó derecho de petición bajo el radicado 494495, al Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de lo pretendido en este proceso. La entidad demandada no dio respuesta a esta petición
- 2.10.** En abril 24 de 2011 la demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra el acto ficto o presunto negativo surgido por no dar respuesta a la petición referida en el numeral precedente.
- 2.11.** Concluye el apoderado de la parte actora que el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA no ha consignado el valor de las diferencias de las cesantías generadas por la nivelación salarial aplicada a su representada durante los años 2007 a 2014, generándose una mora de 2.630 días.
- 2.12.** El salario devengado por la demandante al momento de presentación de la demanda era de \$1.547.038, lo que equivale a un salario diario de \$51.567, más los factores salariales que se incluyen para la liquidación de las cesantías.

3. NORMAS VIOLADAS

Señaló como normas violadas las Leyes 50 de 1990 y 432 de 1998.

4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado de la demandante aduce que el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA está vulnerando la Ley 50 de 1990, ya que a pesar de haber sido certificados

los recursos para colocar al día las cesantías de su representada no se hizo oportunamente.

Considera que tal conducta constituye mala fe, pues no consignó oportunamente y no realizó gestión alguna para que “*el Departamento del Valle*” (sic) le girara los recursos correspondientes para el pago de tal obligación; circunstancia que lo hace responsable del pago de la sanción moratoria prevista en la ley en cita.

Refiere que el Ente Territorial demandado también vulneró el artículo 6 de la Ley 432 de 1998, porque no hizo el traslado oportuno de las cesantías, motivo por el cual los valores consignados en el FONDO NACIONAL DEL AHORRO no reflejan el pago total de cesantías por concepto de la nivelación salarial señalada.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA no contestó la demanda.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no presentaron alegatos de conclusión, y el Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

7. CONSIDERACIONES

7.1. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control, debe el Despacho determinar, con base en lo que se encuentra probado en el proceso, si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de la diferencia de cesantías generada por homologación y nivelación salarial a ella aplicada por el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, con fundamento en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

7.2. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a:

- (i)** Realizar consideraciones generales sobre las cesantías;
- (ii)** Efectuar un análisis sobre la sanción moratoria dispuesta por el no pago oportuno de las cesantías a los servidores públicos;
- (iii)** Analizar el acervo probatorio y resolver el caso concreto.

7.2.1. DE LAS CESANTÍAS

Sobre la naturaleza del auxilio de cesantías, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos¹:

"(...) La cesantía es una prestación social creada a cargo del empleador y a favor del trabajador, es una figura jurídica con clara orientación social en el desarrollo de las relaciones obrero patronales, pues busca retribuir la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de actividades definitivo.

Bajo el entendido que dicha carga prestacional corresponde a la entidad a la cual el trabajador prestó sus servicios, es deber de la entidad empleadora, en este caso la Universidad del Magdalena, asumir el total de la prestación liquidada, pues es clara la importancia del principio que postula el pago de lo debido para asegurar el adecuado funcionamiento de la vida social".

Así, el artículo 17 de la Ley 6 de 1945² definió el concepto de cesantías como una prestación de la que gozarían los trabajadores, la cual sería cancelada a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio; asimismo, se reconocían de manera retroactiva al momento del retiro y eran canceladas con el monto del último salario devengado. Esta prestación inicialmente se reconocía a los empleados y obreros nacionales.

Siguiendo el recuento normativo, debe decirse que la Ley 65 de 1946³ reglamentó el tema de las cesantías en favor de los servidores públicos, extendiendo este beneficio a los trabajadores de los entes territoriales. Su texto es el siguiente:

"Artículo 1°.- 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 al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continúa o discontinuamente, a partir del 1o. de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.

Parágrafo.- Extiéndase este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias y comisarías y municipios en los términos del artículo 22 de la Ley 6 de 1945, y a los trabajadores particulares, de acuerdo con lo establecido en los artículos 12 y 36 de la misma Ley".

A su turno, el Decreto 1160 de 1947, en sus artículos 1 y 2, precisó, en relación con el auxilio de cesantía, que los servidores públicos del orden nacional y territorial, escalafonados o no en carrera administrativa, **tenían derecho a un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos, y proporcionalmente por las fracciones de año**, cualquiera que sea la causa de su retiro.

Por su parte, el artículo 6 ibídem, consagró que el pago de las cesantías para dichos servidores públicos, se haría tomando el último salario o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres (3) últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si este fuere menor a doce (12) meses; así mismo indicó que en la liquidación debería tenerse en cuenta todos los rubros que el trabajador reciba de forma habitual y permanente como contribución al servicio prestado.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de marzo 6 de 2008, C.P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. **Radicación número: 47001-23-31-000-2002-00266-01(0875-06).**

² "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y **jurisdicción especial de trabajo**"

³ "Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras"

Luego, se expidieron normas que han dispuesto el desmonte de las cesantías retroactivas, es el caso del Decreto 3118 de 1968⁴ a través del cual se estableció la obligatoriedad para algunos sectores de la administración (Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional), de consignar en el Fondo Nacional del Ahorro de manera anual las cesantías de su personal. En virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 432 de 1998⁵, que a su vez estableció la obligación de afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro a los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, excepto los miembros de la Fuerza Pública y el personal docente, éstos últimos al estar regidos en este aspecto por la Ley 91 de 1989; así mismo se señaló que podían vincularse al aludido Fondo de manera voluntaria los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Más adelante fue expedida la Ley 50 de 1990⁶, que en sus inicios solo regulaba al sector privado y trabajadores oficiales, disposición que creó los fondos de cesantías y en su artículo 98 estipuló las cesantías anuales para aquellas personas vinculadas con posterioridad a su entrada en vigencia.

Posteriormente, la Ley 344 de 1996⁷ en su artículo 13, dispuso la liquidación anual de cesantías para las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado a partir de su entrada en vigencia, estableciendo que en diciembre 31 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.

Por su parte el Decreto 1582 de 1998⁸ en su artículo 1 consagró la posibilidad para los empleados públicos del nivel territorial de afiliarse a un fondo privado de cesantías, o afiliarse al Fondo Nacional del Ahorro, distinguiendo en cada caso cuál sería el régimen aplicable; así:

“Artículo.- 1º. 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

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

El aludido Decreto 1582 de 1998 en su artículo 3 otorgó la posibilidad de que los empleados públicos que estuvieran bajo el régimen de cesantías retroactivas, esto es, aquellos vinculados con anterioridad a diciembre 31 de 1996 -fecha en que fue publicada y entró en vigencia la Ley 344 de 1996-, **se trasladaran voluntariamente al régimen anual de cesantías**, bien sea vinculándose a un fondo privado, o bien por vinculación al Fondo Nacional del Ahorro,

⁴ “Por el cual se crea el Fondo Nacional de Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, reorganizado por la Ley 432 de 1998”

⁵ **“Por la cual se reorganiza el Fondo Nacional del Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones”**

⁶ **“Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”**

⁷ “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”

⁸ **“Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia”**

disponiendo el procedimiento que se debería efectuar para ello, en los siguientes términos:

"Artículo 3º.- En el caso de servidores públicos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad, que decidan acogerse al régimen de cesantía de dicha ley, se procederá de la siguiente forma:

- a) La entidad pública realizará la liquidación definitiva de las cesantías a la fecha de la solicitud de traslado;*
- b) La entidad pública entregará el valor de la liquidación a la administradora seleccionada por el trabajador;*
- c) En lugar de entregar dicha suma de dinero, las entidades territoriales podrán emitir a favor de cada uno de los servidores públicos que se acojan a este régimen, un título de deuda pública por el valor de la liquidación de las cesantías, con las características que se señalan más adelante, previo el cumplimiento de los trámites legales necesarios para su expedición".*

Así pues, podemos concluir que para los servidores públicos existen tres regímenes de liquidación de cesantías:

1. Régimen de cesantías retroactivas: aplicables para los vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1996 y que no hayan optado por acogerse voluntariamente al régimen anualizado de cesantías. Sus cesantías se regulan por lo dispuesto en la Leyes 6ª de 1945, 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947.
2. Régimen de liquidación anual: aplicable a aquellos empleados vinculados con posterioridad al 31 de diciembre de 1996 o a aquellos vinculados con anterioridad a esa fecha y que voluntariamente optaron por el régimen de cesantías anual consagrado en la Ley 344 de 1996. Se caracteriza porque el servidor público se afilia a un fondo privado y sus cesantías son reguladas por las disposiciones contenidas en la Ley 50 de 1990, la Ley 344 de 1996 y demás normas concordantes.
3. Afiliados al Fondo Nacional del Ahorro: Sus cesantías se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 432 de 1998, el Decreto 3118 de 1968 y demás normas concordantes.

7.2.2. DE LA SANCION MORATORIA POR NO TRANSFERENCIA OPORTUNA DE CESANTIAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

7.2.2.1. Sanción moratoria en el régimen retroactivo de cesantías

Para efectos de esclarecer la forma de pago de las cesantías de los servidores públicos con régimen retroactivo y que éstas se pagaran oportunamente el legislador promulgó la Ley 244 de 1995, norma que con posterioridad fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, reglamentando el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a dichos servidores.

A través de la mencionada Ley 1071 de 2006, se adicionó y modificó la Ley 244 de 1995 respecto a la regulación del pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, estableciendo sanciones y términos para su cancelación.

El artículo 2º de la referida Ley 1071 de 2006 fijó su ámbito de aplicación, refiriendo que serían destinatarios de la misma los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, 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 los trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.

A su turno, en sus artículos 4 y 5 se consagró el procedimiento y los tiempos que debían de transcurrir para lograr el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas y una sanción en caso de que éstos no fueran atendidos, así:

“Artículo 4º. Términos. *Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, 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 informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.*

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

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 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.”*

De lo expuesto en la norma en cita se puede concluir que la entidad encargada de pagar las cesantías, parciales o definitivas, una vez radicada la solicitud de reconocimiento y pago adjuntando la documentación pertinente, cuenta con quince (15) días para expedir el acto administrativo y una vez en firme éste, cuenta con cuarenta y cinco (45) días para realizar el pago respectivo, so pena de hacerse acreedora a una sanción que consiste en un día de salario por cada día en la mora en el pago de la prestación.

7.2.2.2. Sanción moratoria en el régimen anualizado de cesantías –Fondos Privados de Cesantías

Ahora, referente a la forma de liquidación de las cesantías de los servidores públicos con régimen anualizado, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, en su literal a estableció que se haría en forma definitiva en diciembre 31 de cada año por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba realizarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral.

En el caso específico de los servidores públicos del nivel territorial afiliados a fondos privados, esto es, los regidos por el régimen anualizado de cesantías, la liquidación y pago de esta prestación se rige por lo previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990⁹, tal como lo dispone el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998.

En efecto, el artículo 99 de la precitada ley prevé lo siguiente:

“Artículo 99.- El nuevo régimen especial de 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 retardo.**” (Resalta el Juzgado).

Surge de la anterior preceptiva que a los servidores públicos con régimen de liquidación anual de cesantías, afiliados a un fondo privado de cesantías, el empleador debe realizarles liquidación definitiva de cesantías en diciembre 31 de cada año, por la anualidad o la fracción correspondiente, cuya suma resultante debe ser consignada antes de febrero 15 del año siguiente en la cuenta individual a nombre del trabajador en dicho fondo, so pena de pagar una sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo.

7.2.2.3. Improcedencia de la sanción moratoria en el régimen del Fondo Nacional del Ahorro

Sea lo primero indicar que en lo atinente a la transferencia de las cesantías de los servidores públicos afiliados al Fondo Nacional del Ahorro, el artículo 6 de la Ley 432 de 1998 dispuso:

“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.

El 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.

⁹ “por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

*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*¹⁰.

De cara a la sanción moratoria por consignación o transferencia extemporánea de las cesantías, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa en afirmar que el régimen de cesantías de los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro no contempla tal sanción y que la sanción moratoria contemplada en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 no aplica para este régimen. Al respecto, en sentencia de octubre 20 de 2014, la alta Corporación sostuvo:¹¹

*“(…) Así las cosas, resulta claro que el régimen previsto en la Ley 50 de 1990, incluida la sanción moratoria establecida en el artículo 99-3, sólo se aplica a los servidores públicos territoriales afiliados a los fondos privados de cesantías; pero no ocurre lo mismo con los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, cuyo régimen de cesantías se rige por la Ley 432 de 1998, que no previó la referida sanción a favor del trabajador*¹².

¹⁰ Este artículo fue modificado por el artículo 193 del Decreto 19 de 10 de enero de 2012, “*Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública*”, de la siguiente manera, no obstante tal modificación no aplica al caso que nos ocupa, por cuanto los hechos ocurrieron antes de su entrada en vigencia:

“ARTICULO 193. TRANSFERENCIA DE CESANTIAS. El artículo 6 de la Ley 432 de 1998, quedará así:

“Artículo 6. 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”.*

¹¹ Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección A, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de octubre 20 de 2014, radicación número: 66001-23-31-000-2012-00114-01 (2863-13).

¹² En un caso de contornos fácticos y jurídicos similares al que ahora es objeto de decisión, mediante sentencia de 23 de julio de 2014, la Sección Segunda – Subsección B de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, con ponencia de quien ahora elabora esta providencia, dentro del expediente con número interno 3764-2013, se pronunció de la siguiente manera:

“(…) Una vez establecido el anterior marco normativo y fáctico, es pertinente estudiar si a los funcionarios que optaron por afiliarse al Fondo Nacional del Ahorro, ante la mora en la consignación de sus cesantías, les es aplicable el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, como lo pretende el apoderado de la parte actora, o si por el contrario el mencionado Fondo goza de un régimen especial el cual impide el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria pretendida, y que está contenida en la citada Ley.

*“(…) En este contexto, a nivel territorial como es el caso en estudio, el régimen de liquidación anualizada de cesantías fue reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, el cual indicó que el régimen de liquidación y pago de las cesantías de los funcionarios que se afilien a **fondos privados**, es el contenido en los artículos 99, 102, 104 de la Ley 50 de 1990, y el de los **servidores públicos** del mismo nivel que se afilien al **Fondo Nacional del Ahorro** será el establecido en los artículos 5 y ss de la Ley 432 de 1998.*

“En efecto, el artículo 6º de la Ley 432 de 1998 consagra una obligación a cargo de las entidades públicas empleadoras consistente en transferir al Fondo Nacional de Ahorro una doceava parte de los factores de salario que sirvan de base para la liquidación de cesantías, que hayan devengado en el mes inmediatamente anterior los servidores públicos afiliados.

“Se trata de un deber que ha de cumplirse mes a mes y cuyo incumplimiento da lugar al cobro de intereses moratorios equivalentes al doble del interés bancario corriente sobre las sumas adeudadas por todo el tiempo de la mora, a favor del Fondo Nacional de Ahorro, mas no del trabajador afiliado.

“Para que los aportes de doceavas sobre los factores que se toman como base para la liquidación se conviertan en cesantías, deben haberse causado, lo que ocurre a 31 de diciembre de cada año o a la fecha de terminación de la relación laboral, según el caso.

“Una vez se legalizan los reportes anuales consolidados, los dineros consignados son trasladados a las cuentas individuales de los afiliados, con el consecuente reconocimiento por parte del Fondo Nacional de Ahorro de los intereses y la protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, valores que figuran en los respectivos extractos individuales de cesantías.

“El argumento central de la apelación gira en torno a la supuesta vulneración del derecho a la igualdad, circunstancia que en sentir de la Sala no ocurre, por cuanto la situación de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro no es similar a la de los afiliados a los fondos privados de cesantía, toda vez que se trata de sujetos sometidos a regímenes legales diversos, el de la Ley 432 de 1998 para los primeros y el de la Ley 50 de 1990 para éstos.

En similar sentido se pronunció la Corte Constitucional mediante sentencia C-625 de 4 de noviembre de 1998¹³, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad, entre otros, del artículo 6 (parcial) de la Ley 432 de 1998. Veamos:

“(…)El demandante considera que estos artículos consagran una situación que desfavorece a los afiliados del Fondo Nacional de Ahorro frente a las sociedades administradoras de fondos de cesantía, pues, mientras, en este último caso, la sanción por mora en que incurre el empleador al consignar tardíamente las cesantías de su empleado, corresponde a un día de salario a favor del trabajador, en el caso de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, la sanción es el doble del interés bancario corriente, y se causa a favor del Fondo y no del trabajador.

La Corte considera que el presente examen de constitucionalidad, debe avocarse no sobre las circunstancias secundarias del asunto, sino sobre lo que constituye su núcleo esencial, es decir, determinar si las consecuencias del mismo hecho generador, presenta diferencias sustanciales o no.

“Para tal efecto, se tiene que el hecho generador consiste en el incumplimiento del empleador de consignar oportunamente las cesantías de sus trabajadores.

“En la ley 432 y en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se establecen sanciones drásticas para dicho incumplimiento, con el propósito de desestimular tal omisión.

“La diferencia se encuentra en el monto de la sanción, es decir, en el aspecto pecuniario del tema. Este aspecto, no sólo corresponde a un asunto adjetivo, sobre el que no existen elementos que le permita (sic) a la Corte determinar cuál monto es mayor o menor, sino que la explicación de la diferencia radica en que se está en presencia de dos regímenes legales diferentes. En el caso de las administradoras de cesantías, la sanción se rige por el Estatuto

“Conforme a lo anterior, se tiene que fue el mismo decreto el que estableció un régimen diferenciador de liquidación y pago del auxilio de cesantías de los funcionarios que se afilian a los fondos privados, respecto de los empleados públicos que se vinculen al Fondo Nacional del Ahorro, diferencia ésta que se justifica precisamente por la forma en que se causa el derecho, así como, se cancela la prestación por parte de la entidad empleadora.

(…)

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que existen dos regímenes con distintos objetivos sociales, con una naturaleza jurídica diversa, esto es, privada y Estatal, así como un régimen legal que los hace diferentes.

Como se señaló en consideraciones precedentes, fue el citado Decreto 1582 el que expresamente excluyó la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro, y sólo consagró el beneficio indemnizatorio para quienes se vinculen a los fondos privados”.

¹³ M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Orgánico del Sistema Financiero y para el Fondo, en la legislación que le es propia, la Ley 432 de 1998.

“En consecuencia, por este aspecto, no existe la vulneración del principio de igualdad que manifiesta el demandante, pues ante el mismo hecho generador de la sanción, es decir, el incumplimiento en la consignación oportuna del valor de las cesantías liquidadas al afiliado, se impone sanción de carácter pecuniario, si bien es verdad que a favor del Fondo en el caso de sus afiliados, o del trabajador, en el de las administradoras, distinción que se justifica, en virtud de los distintos objetivos sociales y de régimen legal que tienen cada uno”¹⁴.

Del análisis hecho por el Consejo de Estado en la referida jurisprudencia, se establece de manera diáfana que el régimen de los servidores públicos afiliados a los fondos privados y el de los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro son distintos en cuanto a sus objetivos, a su naturaleza jurídica y al marco normativo que los rige; por consiguiente, a estos últimos no les aplica el beneficio indemnizatorio señalado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dado que fue el mismo Decreto 1582 de 1998 el que, en su artículo 1º estableció tal exclusión.

8. ANALISIS PROBATORIO Y SOLUCIÓN DEL CASO

Con las pruebas allegadas al proceso se probaron los siguientes hechos:

- A través de los Decretos No. 0668 de agosto 22 de 2005 y No. 910 de diciembre 30 de 2005, este último modificado por los Decretos No. 0469 de octubre 26 de 2006 y 1273 de diciembre 11 de 2008, el Gobernador del Valle del Cauca homologó los cargos administrativos para el personal incorporado de planta de origen nacional a la planta del Departamento del Valle del Cauca, correspondiente a las diferentes instituciones educativas financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones (antes Situado Fiscal)¹⁵.
- Mediante el Decreto No. 1272 de diciembre 11 de 2008 el Gobernador del Valle del Cauca creó unos empleos en la Planta de cargos de la Administración Central de la Gobernación del Valle del Caca, con el propósito de cumplir la homologación de cargos ordenada en los decretos mencionados en precedencia¹⁶.
- Por Decreto No. 1281 de diciembre 12 de 2008 el Gobernador del Valle del Cauca, incorporó a la Secretaría de Educación Departamental el personal administrativo en las Instituciones Educativas pagadas con recurso del Sistema General de Participaciones¹⁷.
- En respuesta emitida por funcionario Líder de Prestaciones Sociales de la Secretearía de Educación Departamental del Valle del Cauca, al abogado LUIS ALBEIRO RODRÍGUEZ RAMÍREZ – apoderado judicial de la demandante - mediante oficio 080-023-SADE No. 201631 de febrero 26 de 2016, se informó lo siguiente, en relación con la sanción moratoria solicitada por la señora NIDYA GONZÁLEZ DE NATES:¹⁸

¹⁴ Se destaca.

¹⁵ Copia de estos decretos obra en medio magnético (disco compacto) glosado a folio 96 del cuaderno 1.

¹⁶ Ibídem

¹⁷ Ibídem.

¹⁸ Folio 74 cuaderno 1.

“Las cesantías generadas por el reconocimiento y pago del retroactivo por efecto de la homologación le fueron reconocidas y consignadas en el Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS, mediante Resolución No. 577 de abril 8 de 2010 por valor de \$3.430.560

El pasado 19 de enero de 2016 la Secretaria de Educación a través de la Oficina de Prestaciones Sociales solicitó a la Secretaria (sic) de Hacienda y Finanzas Públicas del Departamento el Certificado de Disponibilidad Presupuestal con Oficio SADE No. 243567 del cual a la fecha nos encontramos a la espera de su expedición.

Una vez sea expedido el correspondiente Certificado de Disponibilidad Presupuestal, se procederá a revisar y establecer el derecho que le asiste y será tramitado en estricto orden de radicación, para lo cual se expedirá el correspondiente acto administrativo que le será notificado”.

- Mediante oficio 0883-3-25 SAD de octubre 13 de 2015 la doctora MARTHA YANETH MORALES IDARRAGA, Profesional Universitario de Personal de la Secretaría de Educación Departamental del Valle del Cauca, le informó al abogado EDDER IVÁN MEREA LASSO, apoderado del DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, que de acuerdo con la Ley 715 de 2001 el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI fue certificado en educación, lo cual trajo como consecuencia que todas las historias laborales del personal docente, directivo docente y administrativo fueran trasladadas al archivo central de Cali, entre ellas, la de la señora NIDYA GONZÁLEZ DE NATES, en su calidad de docente de dicho municipio, en julio 11 de 2003 y julio 30 de 2004, fechas a partir de las cuales la custodia y sustanciación de las novedades quedó radicada en la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE SANTIAGO DE CALI¹⁹.
- El Alcalde de Santiago de Cali expidió el Decreto No. 411.20.099 de marzo 23 de 2007 a través del cual homologó y niveló salarialmente los cargos de la planta del personal administrativo de las Instituciones Educativas Oficiales incorporados a la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, financiados con recursos del Sistema General de Participaciones. Este Decreto fue corregido y aclarado por el Decreto 0737 de noviembre 16 de 2007²⁰.
- Con fundamento en el Decreto 411.20.099 pre citado, en marzo 23 de 2007 el Secretario de Educación Municipal de Santiago de Cali emitió la Resolución No. 4143.21.1020, en la que dispuso nivelar salarialmente y posesionar al personal administrativo de las Instituciones Educativas Oficiales adscritas a la planta de cargos de la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali y financiada con el Sistema General de Participaciones, entre ellas, a la demandante, señora NIDYA GONZÁLEZ DE NATESD, a quien se ordenó posesionarla en el cargo de Auxiliar Administrativo grado 6, en Propiedad²¹.
- Igualmente el Secretario de Educación Municipal de Santiago de Cali profirió la Resolución No. 4143.21.5930 de noviembre 16 de 2007 -corregida y aclarada por Resolución No. 4143.21.07144 de noviembre 16 de 2007-, mediante la cual reconoció el pago del retroactivo de los años 2003, 2004, 2005 y 2006 generado por el proceso de homologación, al personal administrativo de las Instituciones

¹⁹ Folio 65 cuaderno 1.

²⁰ Copia de estos decretos obra en disco compacto agregado a folio 84 del cuaderno 1.

²¹ Ibídem

Educativas Oficiales incorporado a la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, incluyendo a la demandante²².

En la parte considerativa de dicha resolución se expresó:

“(…)Que la incorporación de los servidores públicos administrativos del sector educativo y de acuerdo con la Resolución No. 2749 de Diciembre 3 de 2003, se realizó en el año 2003 teniendo en cuenta las denominaciones y funciones de los cargos que venían desempeñando, con la asignación salarial fijada en las escalas de remuneración para empleos de orden Departamental generando una desigualdad para los funcionarios pagados con recursos del sistema general de participaciones, con respecto a los funcionarios pertenecientes a la planta central de la Administración Municipal cancelados con recursos propios, pues siendo empleos equivalentes la asignación salarial de los primeros es inferior (…)”

- En virtud de lo anterior el mismo funcionario expidió la Resolución No. 1443.21.6477 de noviembre 19 de 2007, acto en el que se reconoció y ordenó pagar a la señora NIDYA GONZÁLEZ DE NATES, por concepto de retroactivo de salarios, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicios, prima técnica, horas extras y excedente por vacaciones y otros (indexación e intereses a las cesantías), correspondiente a los años 2003, 2004, 2005 y 2006²³.
- Obra en el expediente extracto individual de cesantías de la señora NIDYA GONZÁLEZ DE NATES, emitido por el FONDO NACIONAL DE AHORRO con fecha octubre 9 de 2010, respecto del periodo septiembre 5 de 2005 a octubre 7 de 2010, en el que se señala como empleador a la SECRETARÍA DE EDUCACION MUNICIPAL DE SANTIAGO DE CALI.

Este extracto refleja que durante el aludido periodo a la demandante se le reconoció mensualmente el pago de factor de protección, de igual manera que cada año se consolidó sus cesantías y se le pagó intereses por las mismas. Asimismo, llama la atención un abono de \$3.994.976, efectuado en febrero 12 de 2009, por concepto de “TRASLADO DE VIGENCIAS ANTERIORES”. También se advierte que le realizaron descuentos para abono a crédito hipotecario²⁴.

Esta prueba coincide con lo manifestado en los hechos octavo y noveno de la demanda, en cuanto a que la demandante se encuentra afiliada al referido Fondo²⁵.

- La SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE SANTIAGO certificó los salarios y prestaciones sociales devengados por la demandante entre enero 1 de 2006 y julio 26 de 2010, por los servicios prestados a ese Ente Territorial²⁶.
- En diciembre 1 de 2010 la señora NIDYA GONZÁLEZ DE NATES solicitó al GOBERNADOR DEL VALLE DEL CAUCA, realizar la consignación del retroactivo de las cesantías reconocidas y pagadas con ocasión del proceso homologación y nivelación salarial llevado a cabo por ese Ente Territorial y el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI; así mismo, reconocer y pagar la sanción moratoria

²² Ibídem.

²³ Folios 78 a 81 del cuaderno principal.

²⁴ Folios 8 a 10 del cuaderno principal.

²⁵ Folios 20 y 21 del cuaderno principal.

²⁶ Folios 82 y 83 cuaderno 1.

establecida en la Ley 50 de 1990, por no consignar oportunamente de dicha prestación en el fondo correspondiente, desde febrero 2 de 2007 – fecha en la que el Ministerio de Educación Nacional reconoció la deuda - hasta que se verifique el pago total de la obligación; igualmente, indexar los valores resultantes de la indemnización moratoria solicitada²⁷.

- Como la anterior petición no fue contestada, en abril 24 de 2011 la demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra el acto ficto o presunto negativo surgido, los cuales tampoco fueron resueltos²⁸.

Del acervo probatorio anteriormente enunciado se colige que la demandante estuvo vinculada laboralmente con el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, en el sector educativo, hasta el año 2003, año en que fue incorporada al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI con ocasión del proceso de municipalización del servicio educativo oficial implementado con fundamento en la Ley 715 de 2001, toda vez que este municipio fue certificado por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, mediante Resolución No. 2749 de diciembre 3 de 2002, para la administración de dicho servicio.

Dentro del proceso no se menciona ni se probó durante qué periodo la señora GONZÁLEZ DE NATES prestó sus servicios al DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, sólo se conoce, como se dijo en precedencia, que en el año 2003 se dio su traslado de ese Ente Territorial al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI en virtud de la implementación del proceso de municipalización del servicio público educativo.

Tampoco se allegó el acto administrativo a través del cual el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA le reconoció y ordenó pagar las cesantías generadas por el proceso de homologación y nivelación salarial agotado por ese ente territorial a través de los Decretos No. 910 de diciembre 30 de 2005, No. 0469 de octubre 26 de 2006 y 1273 de diciembre 11 de 2008, entre otros. En este sentido, únicamente obra copia del oficio 080-023-SADE No. 201631 de febrero 26 de 2016, por medio del cual una funcionaria de la oficina de Prestaciones Sociales de la Secretaría de Educación Departamental del Valle del Cauca le informó al apoderado de la demandante, que tales cesantías fueron reconocidas y consignadas en el Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS mediante Resolución No. 577 de abril 8 de 2010, por la suma de \$3.430.560, y que cuando sea expedido el correspondiente Certificado de Disponibilidad Presupuestal, se procederá a revisar y establecer el derecho que le asiste en relación con la indemnización por sanción moratoria reclamada.²⁹

Las pretensiones de la demanda están encaminadas a que se declare la nulidad de los actos administrativos acusados y, en consecuencia, se condene al DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL VALLE DEL CAUCA a reconocer y pagar la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, causada por no transferencia oportuna de las cesantías generadas por el proceso de homologación y nivelación salarial agotado por ese ente territorial.

²⁷ Folios 2 a 6 cuaderno 1.

²⁸ Folio 7 cuaderno 1.

²⁹ Folio 74 cuaderno 1.

En torno a la morosidad en la transferencia de las mencionadas cesantías, alegada por la parte actora, no está demostrada en la medida que no obra en el expediente el acto administrativo mediante el cual el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA reconoce y ordena pagar la señora NIDYA GONZÁLEZ DE NATES el retroactivo de salarios y prestaciones sociales de los años de prestación de servicio que quedaron afectados por el proceso de homologación y nivelación salarial señalado. Pues, a juicio del Despacho, es a partir de la ejecutoria de dicho acto que surge el derecho a la reliquidación de las cesantías y su transferencia al FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

Aunque en el oficio No. 080-023-SADE No. 201631 de febrero 26 de 2016, indicado párrafos anteriores, la funcionaria de la oficina de Prestaciones Sociales de la Secretaría de Educación Departamental del Valle del Cauca le informó al apoderado de la demandante, que las cesantías fueron reconocidas a través de Resolución No. 577 de abril 8 de 2010, por la suma de \$3.430.560, monto que fue consignado en el Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS³⁰; lo cierto es que dentro del proceso se demostró que la señora GONZÁLEZ DE NATES se encuentra afiliada al FONDO NACIONAL DEL AHORRO y no al fondo privado COLFONDOS. Esto a la vez significa, que tales cesantías fueron consignadas a un fondo equivocado.

De todas maneras, en gracia de discusión que se llegara a la conclusión que el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA incurrió en mora en la transferencia de las cesantías de la demandante, de acuerdo con la reseña fáctica, normativa y jurisprudencial destacada anteriormente, aquella no tiene derecho a la sanción moratoria que reclama por cuanto a los servidores públicos afiliados al FONDO NACIONAL DEL AHORRO no les aplica el beneficio indemnizatorio consagrado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dado que ello sólo es propio de los afiliados a los fondos privados administradores de cesantías.

En consecuencia de lo anterior, se negarán las pretensiones de la demanda.

9. COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre **dispondrá** sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.³¹, entre otras cosas, establece que:

“(...) se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”.

Así las cosas, el referido artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación³²:

*“(...) Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la **errónea** interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma **objetiva**, es decir, de manera forzosa, automática e*

³⁰ Folio 74 cuaderno 1.

³¹ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.

ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales (...)” (Se resalta).

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineludiblemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

“(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye este juzgador que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

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

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta lo expuesto en el presente proveído.

SEGUNDO: SIN CONDENA EN COSTAS en esta instancia, de acuerdo con lo anotado en la parte considerativa de este fallo.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia **LIQUIDAR** los gastos del proceso, **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Juez

JIVB