



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A
CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 08001-23-33-000-2013-00656-01(3883-2015)

Demandante: EDINSON NARANJO VARELA

Demandado: MUNICIPIO DE SOLEDAD- ATLÁNTICO

Asunto: LEY 1437 DEL 2011

SO. 0167

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 29 de abril de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió a las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del CPACA, por intermedio de apoderado, el señor Edinson Naranjo Varela, solicitó la nulidad del acto administrativo ficto o presunto que negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 344 de 1996, por la no consignación oportuna del auxilio de cesantías del régimen anualizado.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento, pidió se condene al municipio de Soledad Atlántico al pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna del auxilio de cesantías del régimen anualizado, contemplada en la Ley 344 de 1996, (reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, el cual remite a los artículos 99 al 104 de la Ley 50 de 1990), desde 2003 hasta 2008, y que dicha sanción se liquide año por año hasta la fecha en que se haga efectiva su consignación.

Igualmente pidió que sobre dichas sumas se efectúen los reajustes legales correspondientes conforme al índice de precios del consumidor y que la sentencia se cumpla de conformidad con los artículos 192 y 195 del CPACA.

Los **hechos** que sustentan las anteriores pretensiones se resumen de la siguiente manera:

El señor Edinson Naranjo Varela, laboraba, en lo que respecta a esta demanda, en el municipio de Soledad Atlántico, como auxiliar adscrito a la planta global de la administración central, desde el 9 de diciembre de 2003 hasta la fecha de presentación de la demanda.

Señaló que la entidad demandada no consignó el auxilio de cesantías de manera oportuna entre los años 2003 y el 2008, por lo que el 14 de diciembre de 2012 solicitó al municipio el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna del auxilio de cesantías.

Sin embargo, transcurridos tres meses desde la petición, el municipio de Soledad no se pronunció, dando lugar, de esta manera, a la configuración de un acto administrativo ficto o presunto negativo de la administración.

Como **normas violadas**, invocó los artículos 13, 29, 53 y 209 de la Constitución Política; 138 y 192 del Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; art. 13 de la Ley 344 de 1996; 1 del Decreto 1582 de 1998; 99 numeral 3 de la Ley 50 de 1990; 21 y siguientes del Decreto 1063 de 1991; 20 numeral 3 del Código de Procedimiento Civil.

Al desarrollar el **concepto de violación**, sostuvo que la entidad demandada vulneró el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y el Decreto Reglamentario 1582 de 1998, al no efectuar oportunamente el pago del auxilio de la cesantías al fondo respectivo al cual se encontraba afiliado el demandante, esto es, a partir del 14 de febrero del año siguiente, incurriendo de esta manera en una conducta omisiva y violatoria de los derechos del trabajador, por lo que se debe pagar un día de salario por cada día de retraso en el pago de las cesantías.

Contestación de la demanda

El municipio de Soledad, por conducto de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de ineptitud de la demanda por indebido agotamiento de la vía gubernativa, prescripción, imposibilidad de cancelar la indemnización moratoria debido a que dichas acreencias no fueron presentadas en el contexto de la admisión a la promoción de un acuerdo de reestructuración de pasivos de la Ley 550 de 1999 en que entró el municipio de Soledad e inaplicabilidad del artículo 99 de la Ley 50 de 1999. Argumentó, respecto de la prescripción, que el demandante presentó la reclamación administrativa para interrumpir términos de prescripción; en cuanto a la ineptitud sustantiva de la demanda señaló que dicha reclamación estaba dirigida al reconocimiento y pago de una sanción pecuniaria que la ley contempla para aquellas entidades que incurren en extemporaneidad en la consignación del auxilio de cesantías y no de la consignación anual de sus cesantías.

Trámite procesal

Mediante auto del 2 de septiembre de 2014 el Tribunal Administrativo del Atlántico fijó como fecha para celebrar la audiencia inicial el 17 de septiembre de 2014 (f.41).

En la mencionada diligencia se declaró no probada la excepción previa de ineptitud de la demanda por indebido agotamiento de vía gubernativa, toda vez que la petición del 14 de diciembre de 2012 guarda relación con las pretensiones de la demanda y respecto de las demás no hubo pronunciamiento comoquiera que son de fondo.

De igual forma, se **fijó el litigio** en los siguientes términos: «establecerse si la parte actora tiene derecho al pago de la sanción moratoria de que trata la ley 50 de 1990 y de ello determinar en caso positivo si ha operado el fenómeno de la prescripción de esos derechos que habrían de surgir y de que forma ha operado ese fenómeno.» (f. 54)

Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Atlántico, en sentencia de 29 de abril de 2015, accedió a las pretensiones del demandante declarando la nulidad del acto administrativo ficto producto del silencio administrativo negativo del municipio de Soledad y en consecuencia ordenó al ente territorial reconocer y pagar al demandante la sanción moratoria, de conformidad con la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de la cesantías correspondientes a los años 2003 hasta 2008.

Después de hacer un recuento normativo y jurisprudencial del auxilio de cesantías y del análisis del acervo probatorio, concluyó que, comoquiera que al demandante le era aplicable el régimen anualizado contenido en la Ley 344 de 1996, el municipio incurrió en la sanción moratoria cuando no consignó de manera oportuna las cesantías del accionante, por lo que desconoció el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Agregó que no había lugar a declarar la prescripción, dado que por ley este término, en relación a derechos prestacionales, es de tres años contados a partir de que la obligación se hace exigible, pero respecto de las cesantías, desde el momento en que la persona es retirada del servicio.

Manifestó que en vista de que en el plenario no se aportó prueba alguna que demostrara que el municipio de Soledad se encontraba incurso en un proceso de restructuración de pasivos con la participación de acreedores, por lo que dicho ente está llamado a reconocer y pagar la indemnización moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías del demandante desde el 2003 hasta 2008.

Recurso de apelación

El apoderado de la demandada recurrió el fallo de primera instancia argumentando que la sanción moratoria contemplada en la Ley 344 de 1996, solicitada por el accionante se encuentra prescrita, comoquiera que transcurrieron más de tres años sin que éste ejerciera actuación administrativa alguna, operando la

prescripción trienal de que trata el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, por lo que solicitó se revoque la sentencia de primera instancia.

Alegatos de conclusión

La apoderada del **municipio de Soledad** señaló que el tribunal incurrió en el error de condenar al municipio al pago de la sanción moratoria cuando de acuerdo con las pruebas obrantes en el plenario se tiene que el demandante está afiliado al Fondo Nacional del Ahorro, por lo que su régimen de cesantías y de sanción moratoria no es el contenido en la Ley 50 de 1990.

Además, que el *a quo* ordenó el pago de la sanción por mora de manera separada e independiente, lo cual no resulta factible de conformidad con el precedente jurisprudencial expedido por el Consejo de Estado, y que dicha sanción se encontraba prescrita toda vez que, el demandante presentó su reclamación hasta el 14 de diciembre de 2012, razón por la cual solicitó se revoque la sentencia de primera instancia.

La **Procuradora Segunda Delegada** ante el Consejo de Estado, manifestó que no es procedente acceder a las súplicas de la demanda toda vez operó el fenómeno de prescripción de la sanción moratoria, teniendo en cuenta que dicha sanción sí está sometida a la prescripción trienal, por lo que sugiere aplicar la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 emanada del Consejo de Estado y, en consecuencia, revocar el fallo de primera instancia.

La parte demandante guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

Problema jurídico

De acuerdo con la apelación interpuesta por el apoderado de la parte demandada, la controversia se contrae a determinar si la sanción moratoria contemplada en la Ley 344 de 1996, concedida en la sentencia, recurrida se encuentra prescrita o si, por el contrario, debe reconocerse y declararse que no operó la prescripción.

Cuestión previa

La Sala considera que si bien en el presente caso el Tribunal Administrativo del Atlántico accedió a las súplicas de la demanda y la parte demandada no apeló en su totalidad la sentencia de primera instancia, sino que refirió el recurso interpuesto únicamente al fenómeno de prescripción, esto no es óbice para que el fallo proferido por el *a quo* sea estudiado cuando se tenga duda razonable sobre la coherencia y claridad de la situación fáctica y jurídica que está en discusión.

Siguiendo esta misma interpretación, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia del 23 de febrero de 2006. Expediente 1816-2005, M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, señaló lo siguiente:

« No pasa por alto la Sala el hecho de que el actor, en el presente caso, es apelante único y que la sentencia de primera instancia le fue favorable a sus pretensiones en forma parcial, caso en el cual y en aplicación de la jurisprudencia actual de la Sala Plena de la Sección, no sería posible la revocatoria de la misma, sin incurrir en violación al principio de la *reformatio in pejus*.

No obstante lo anterior, en el presente caso no es posible aplicar dicho principio, sin incurrir en violación de las normas legales que prescriben la obligación para el fallador de basar sus providencias en las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, teniendo en cuenta que el Tribunal está concediendo un derecho con base en un error, que no se acomoda a las pruebas obrantes en el proceso.

El error en que incurrió el Tribunal, no puede convertirse en una situación creadora de derechos. » (Negrilla y Subrayado por fuera del texto)

En razón de lo anterior, se analizará de fondo el asunto, esto es, la Sala se pronunciará respecto del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías por parte del municipio de Soledad (Atlántico), y de llegar a prosperar, se estudiará la prescripción del derecho de acuerdo con el recurso de apelación incoado por el demandado.

Para ese efecto, se analizará el marco normativo de las cesantías anualizadas, definitivas y parciales, y a la sanción moratoria por su no pago al igual que a las normas que regulan el Fondo Nacional de Ahorro para, finalmente, resolver el caso concreto.

De las cesantías y la sanción moratoria

En relación con las prestaciones sociales, esta Sala de Subsección las ha considerado como pagos representados en dinero o en especie que el empleador le debe hacer al empleado, bien sea de manera directa o por intermedio de las entidades de previsión, con la finalidad de cubrir los riesgos o las necesidades de éste último, que encuentren su origen en la relación laboral. Dentro de estas prestaciones se encuentra el auxilio de cesantías¹.

La **Ley 50 de 1990** en el artículo 99², expresamente creó el **régimen anualizado** de liquidación de la cesantía, que en términos del numeral 1 consiste en que «[e]l 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». Igualmente en el numeral 2 ordenó el pago de los intereses legales del 12 % anual o proporcional por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

En su numeral 3, fijó la **sanción moratoria** cuando no se efectúe de manera oportuna la consignación del auxilio en el fondo privado en el que se encontrara afiliado el trabajador, sanción que consiste en el pago de un día de salario por cada día de retardo, y en el numeral 4, dispuso que cuando se termina la relación laboral y existan saldos de cesantías a favor del trabajador que no hayan sido entregados al fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 15 de marzo de 2018, radicación 5025-2014.

² **Ley 50 de 1990.** «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. 4ª. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos. 5ª. Todo trabajador podrá trasladar su saldo de un fondo de cesantía a otro de la misma naturaleza. El Gobierno fijará el procedimiento que deba seguirse para el efecto. [...]».

Por su parte, la **Ley 244 de 1995**³ en el artículo 1 prescribe que los servidores públicos de todos los órdenes, pueden solicitar la liquidación de las **cesantías definitivas**, debiendo la entidad expedir la resolución correspondiente, y en su artículo 2 dispuso que la entidad pública pagadora contara con un plazo máximo de 45 días hábiles para cancelar la prestación, a partir de la fecha en que quedara en firme el acto administrativo que ordena dicha liquidación.

El párrafo de la norma ordena que **en caso de mora en el pago** de esas cesantías definitivas, la entidad obligada deberá, de sus propios recursos, reconocer y cancelar al beneficiario un día de salario por cada día de retardo hasta que su pago se haga efectivo, para lo que solo basta la acreditación de la no cancelación dentro del término legal previsto y siempre que la mora en el pago no se produzca por culpa imputable al servidor.

La **Ley 344 de 1996**⁴ en el artículo 13 indicó que, a partir de su publicación, sin perjuicio de los derechos convencionales y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado, sin especificar su nivel, tendrían un nuevo régimen de **liquidación anual de cesantía** con corte al 31 de diciembre de cada año, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que debe efectuarse en fecha diferente con ocasión de la terminación de la relación laboral, y que a ellas les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen, siempre que no sean contrarias a lo anteriormente dispuesto.

El **Decreto 1582 de 1998**⁵ en su artículo 1, al **reglamentar el referido artículo 13 de la Ley 344 de 1996**, prescribió, para los servidores públicos del **nivel territorial** con vinculación a partir del 31 de diciembre de 1996 que estén afiliados a fondos privados de cesantías, que su régimen de liquidación y pago es el previsto en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, **y que, el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de**

³ **Ley 244 de 1995.** «Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones».

⁴ **Ley 344 de 27 de diciembre de 1996.** «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones».

⁵ **Ley 1582 de 5 de agosto de 1998** «Por la cual se reglamentan 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».

Ahorro, será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

En su **artículo 3**, ordenó que los servidores públicos vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996 con régimen de retroactividad y que decidan acogerse al régimen de cesantía de dicha ley, es decir, al **anualizado**, deben obtener la liquidación definitiva del auxilio a la fecha de solicitud de traslado por parte de la entidad pública y que ésta entregará el valor de la liquidación a la administradora seleccionada por el trabajador, pudiendo la entidad territorial, en lugar de conceder dicha suma de dinero, emitir a favor del servidor un título de deuda pública por el valor de la liquidación de la prestación, previo el cumplimiento del trámite legal necesario.

La Ley 1071 de 2006⁶, que adicionó y modificó la Ley 244 de 1995, en el artículo 1 dispuso, que su objeto era el de reglamentar el reconocimiento de las **cesantías definitivas o parciales** a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.

En su artículo 2 señaló que sus destinatarios son los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, y que 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.

El artículo 3 en cuanto a las cesantías parciales ordena que se puede solicitar su retiro cuando el empleado las vaya a utilizar: «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».

⁶ **Ley 1071 de 31 de julio de 2006.** «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan los términos para su cancelación».

En el artículo 4 estableció que, dentro de los 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».

En su párrafo indicó que, en caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, **deberá informarle al peticionario dentro de los 10 días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes**, y una vez aportados, «la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo».

En el artículo 5, en cuanto a la **mora en el pago**, ordenó que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo 45 días hábiles, el cual se contabilizaría desde la fecha «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».

Y en su párrafo señaló que, 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 conclusión, se tiene que existen: **(i) las cesantías anualizadas**: que son las que se causan año tras año; que están reguladas por la Ley 50 de 1990, la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998; que el empleador las debe liquidar anualmente a 31 de diciembre de cada año, por anualidad o fracción; que el empleador las debe consignar antes del 15 de febrero de cada año, en el fondo de cesantías elegido por el empleado, sin perjuicio de la consignación que deba

efectuar en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo⁷, y que si ello no ocurre, el empleador le debe pagar al empleado la sanción por mora, que corresponde a un día de salario por cada día de retardo.

(ii) las cesantías definitivas: que son las que el empleador le debe liquidar, reconocer y pagar a su empleado, cuando la relación laboral legal o reglamentaria finaliza por cualquier causa y en forma definitiva, las cuales están reguladas por las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006; que cuando el empleador no las paga al empleado o no se las consigna luego de transcurrido el plazo máximo de 45 días hábiles, a partir de la fecha de la que quede en firme el acto administrativo en el que ordenó su liquidación, le debe pagar al empleado la sanción por mora⁸, que corresponde a un día de salario por cada día de retardo hasta su pago efectivo, para lo que solo basta acreditar su no cancelación dentro de ese término.

(iii) las cesantías parciales: que son aquellas que el empleador debe entregar al empleado cuando las solicite con el fin de destinarlas a lo relacionado con la compra, adquisición, mejora de vivienda o con los estudios; que están reguladas por la Ley 1071 de 2006; que si la entidad observa que la solicitud está incompleta le debe informar al peticionario, dentro de los 10 días hábiles siguientes al recibo de la misma, cuáles son los documentos y/o requisitos pendientes, y una vez aportados, la solicitud se debe resolver en el término de 10 días, y que cuando el empleador no las paga al empleado o no se las consigna luego de transcurrido el plazo máximo de 45 días hábiles, a partir de la fecha de la que quede en firme el acto administrativo en el que ordenó su liquidación, le debe pagar la sanción por mora⁹, que corresponde a un día de salario por cada día de retardo hasta su pago efectivo, para lo que solo basta acreditar su no cancelación dentro de ese término.

Del fondo nacional de ahorro

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 15 de febrero de 2018, radicación 3435-2015.

⁸ En cuanto a las diferencias entre las cesantías anualizadas y definitivas consultar entre otras la sentencia de 21 de mayo de 2009, radicación 2070-2007.

⁹ En cuanto a las diferencias entre las cesantías anualizadas y definitivas consultar entre otras la sentencia de 21 de mayo de 2009, radicación 2070-2007.

Ahora bien el **Decreto 3118 de 1968**¹⁰ en su artículo 1 creó el Fondo Nacional de Ahorro como establecimiento público vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico, constituido entre otros recursos, con las «a. Las cesantías de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales que se liquiden y consignen en el Fondo conforme a las disposiciones del presente Decreto», cuyo objetivo es el de **«a. Pagar oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales»**.

En su artículo 27 determinó que desde el 1 de enero de 1969, los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, **debían liquidar a favor de sus trabajadores o empleados, la cesantía** que anualmente se causara en su favor, que tendría carácter definitivo y no podía revisarse aunque en años posteriores variara la remuneración del empleado o trabajador.

Según su artículo 29, para efectuar esas liquidaciones se debía tomar «como base el salario promedio mensual devengado por el empleado o trabajador en los tres últimos meses de cada año» y «En caso de salario variable, se tomará como base el promedio de lo devengado en el año respectivo o en el tiempo servido, si éste fuera menor de un año».

De acuerdo con lo estipulado por el artículo 30 ibídem, **las referidas liquidaciones del auxilio de cesantía de empleados públicos y trabajadores oficiales**, «de que tratan los artículos 22, 25, 27 y 28 **se notificarán a los interesados**, quienes si las encuentran correctas deberán suscribirlas en señal de asentimiento» pero, si «no estuviere conforme con la liquidación practicada podrá hacer uso de los recursos legales correspondientes. Vencidos los términos establecidos para tales recursos, la liquidación quedará en firme y contra ella no cabrá ninguna otra clase de acciones».

Y, según su artículo 31, **una vez en firme las liquidaciones, «ellas se comunicarán al Fondo Nacional de Ahorro para que éste las acredite en cuenta a favor del respectivo empleado o trabajador»**.

¹⁰ Decreto 3118 de 1968. «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».

En el artículo 33, se ordenó al Fondo Nacional de Ahorro que liquidara y abonara en cuenta intereses del 9 % anual sobre las cantidades que a 31 de diciembre de cada año figuraran a favor de cada empleado público o trabajador oficial, porcentaje que por virtud del artículo 3 de la Ley 41 de 1975¹¹ se incrementó, para fijarlo en el 12 %.

Luego, la **Ley 432 de 1998**¹² en el artículo 1 cambió la naturaleza del Fondo Nacional de Ahorro, para dejar de ser establecimiento público y transformarse en empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional, organizado como establecimiento de crédito de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, régimen presupuestal y de personal de las empresas de esta clase, vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico.

En el artículo 2 de la citada ley dispuso que su **objeto es el de administrar de manera eficiente las cesantías** y contribuir 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 su artículo 3 estableció dentro de sus funciones las de: **«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; [...]».

Su artículo 4 determinó dentro de las fuentes de sus recursos: «a. Las cesantías de los afiliados, liquidadas y consignadas conforme a las disposiciones vigentes». Y de acuerdo con su parágrafo, por ser «una entidad de seguridad social, no se podrán destinar ni utilizar sus recursos, utilidades o excedentes financieros para fines distintos a su objeto y funciones».

En el artículo 5 reguló la afiliación de los servidores públicos en el sentido de que, a partir de su vigencia, deben inscribirse los de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional, pero no el personal uniformado de las Fuerzas

¹¹ **Ley 41 de 1975.** «Por la cual se modifica el Decreto-ley 1253 de 1975 y se dictan otras disposiciones».

¹² **Ley 432 de 29 de enero de 1998.** «Por el cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones».

Militares y de la Policía Nacional ni los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, y que al mismo también se pueden afiliar los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Según su artículo 6, referente a la transferencia de las cesantías de los servidores públicos, en la fecha establecida para efectuar las consignaciones de los aportes a los sistemas general de pensiones y de seguridad social en salud, **«las entidades públicas empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional de Ahorro una doceava parte de los factores de salarios que sean base para liquidar las cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior para los servidores públicos afiliados»**, y que el incumplimiento de esta obligación **«dará derecho al Fondo para cobrar a su favor intereses moratorios mensuales, equivalentes al doble interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, sobre las sumas respectivas para todo el tiempo de la mora»**.

En este punto es importante tener presente que, en relación con el reconocimiento de los intereses moratorios a favor del referido fondo, la Corte Constitucional emitió pronunciamiento de constitucionalidad¹³, en el que concluyó que no se configura la transgresión del derecho fundamental a la igualdad, cuando a los afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías se les reconoce la sanción moratoria por la consignación tardía del auxilio y a los **afiliados al Fondo Nacional de Ahorro no se les reconoce sanción por mora por esa consignación retardada sino una equivalente al doble del interés bancario**

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-625 de 1998, magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra. En esta sentencia se determinó lo siguiente: «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 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 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.**

corriente que se causa a favor del fondo; ello en consideración a que se está en presencia de dos regímenes legales diferentes, pues la sanción moratoria respecto a las administradoras de cesantías se rige por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en tanto que el Fondo Nacional de Ahorro se gobierna por la Ley 432 de 1998.

Ahora bien, el mencionado artículo 6 fue modificado por el artículo 193 del **Decreto 019 de 2012**¹⁴, en el sentido de precisar que es durante el transcurso del mes de febrero que las entidades empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional de Ahorro el valor liquidado por concepto de cesantías; sin embargo, omitió lo relacionado con el derecho que le asiste a este fondo de cobrar los intereses moratorios mensuales; y determinó que «las fechas 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».

La referida Ley 432 de 1998 en el artículo 13, dispuso que su responsabilidad en el pago de cesantías a los afiliados, se limitará al monto de los aportes de **cesantías efectivamente consignados**, los intereses sobre las cesantías y la protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda a través del reconocimiento y abono en la cuenta individual, a partir del 31 de diciembre de 1997 y anualmente cada 31 de diciembre, de un interés equivalente a la variación anual del IPC, sobre el saldo acumulado de cesantías a 31 de diciembre inmediatamente anterior, y proporcional por la fracción de año que corresponda al momento del retiro, sobre el monto parcial o definitivo de la cesantía pagada.

Cabe resaltar que esta ley fue reglamentada por el Decreto 1453 de 1998¹⁵ en el que se reiteró lo que aquella dispuso en relación con la naturaleza jurídica del fondo al igual que con su objeto, funciones y demás. Pero dicho decreto fue

¹⁴ **Decreto 019 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».

¹⁵ **Decreto 1453 de 29 de julio de 1998**. «Por el cual se reglamenta la Ley 432 de 1998, que reorganizó el Fondo Nacional de Ahorro, se transformó su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones».

derogado por el Decreto 2555 de 2010, norma que en su artículo 11.2.1.6.6., categorizó al Fondo Nacional de Ahorro como un intermediario financiero¹⁶.

En conclusión, (i) de conformidad con lo establecido por la Ley 432 de 1998¹⁷ la función del Fondo Nacional de Ahorro consiste en administrar de manera eficiente las cesantías, en el sentido de recaudarlas y pagarlas en forma oportuna, previa transferencia por parte de la entidad pública empleadora; de manera que su responsabilidad en el pago de este auxilio a sus afiliados, se limita al monto de los aportes de cesantías efectivamente consignados, los intereses sobre las cesantías y la protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

(ii) De acuerdo el artículo 6 de la Ley 432 de 1998, cuando se trata de las cesantías anualizadas, si la entidad pública empleadora no le transfiere al Fondo Nacional de Ahorro, la doceava parte de los factores de salarios que sean base para liquidar esas cesantías devengadas en el mes anterior por el servidor público, se genera para dicho fondo el derecho a cobrar a su favor, intereses moratorios mensuales, equivalentes al doble interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, sobre las sumas respectivas para todo el tiempo de la mora. El artículo 193 del Decreto 019 de 2012, nada dijo en relación con el derecho a cobrar esos intereses moratorios mensuales. Y el Decreto 2555 de 2010 le otorga al Fondo Nacional de Ahorro la calidad de intermediario financiero.

Caso concreto

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala de Subsección advierte como relevantes las siguientes pruebas en el expediente.

- Petición del 14 de diciembre del 2012, mediante la cual el demandante solicitó al municipio reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el

¹⁶ **Decreto 2555 de 2010.** «Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del Sector Financiero, Asegurador y del Mercado de Valores y se dictan otras disposiciones». **Artículo 11.2.1.6.6. «Intermediarios Financieros.** Para los efectos del presente Título son intermediarios financieros los bancos, las corporaciones financieras, las compañías de financiamiento, las cooperativas financieras, las secciones de ahorro y crédito de las cajas de compensación, las oficinas de Representación de entidades financieras del exterior, y las entidades públicas de carácter especial como el Banco de la República, FINAGRO, FOGACOOP, FOGAFIN, FONADE, FINDETER, Fondo Nacional de Garantías- FNG y Fondo Nacional de Ahorro».

¹⁷ **Ley 432 de 29 de enero de 1998.** «Por el cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones».

pago no oportuno de las cesantías desde la anualidad del 2003 hasta el 2008 (f. 15)

- Certificado laboral del 12 de febrero del 2015, suscrito por el Secretario de Talento Humano del municipio de Soledad (Atlántico), en el que consta que el demandante labora en la alcaldía del municipio de Soledad (Atlántico), en el cargo de Auxiliar 407, Grado 03 adscrito a la planta global de la administración central de Soledad, el cual se encontraba nombrado en provisionalidad desde el 9 de diciembre de 2003 hasta la fecha de certificación.

Debe tenerse en cuenta que por la fecha de posesión su régimen es el anualizado, y que se le consignaron sus cesantías al Fondo Nacional del Ahorro desde el 2003 hasta el 31 de diciembre de 2008 por Ley 550 mediante comprobante de egreso número 1212003706 del 17 de diciembre de 2012, y de las vigencias comprendidas desde el 2009 hasta el 2013 dicho concepto fue consignado año por año al mismo fondo (f. 62)

- Orden a favor del Fondo Nacional del Ahorro por concepto de cesantías del régimen de anualizado, expedida por el municipio de Soledad Atlántico el 17 de diciembre de 2012 (f. 63)
- Orden a favor del Fondo Nacional del Ahorro por concepto de cesantías del régimen de anualizado, expedida por el municipio de Soledad Atlántico del 18 de abril de 2013 (f. 67)

De las pruebas relacionadas se tiene que el demandante fue nombrado en provisionalidad, en el municipio de Soledad - Atlántico en el cargo de Auxiliar 407, Grado 03, adscrito a la planta global de la administración central, en el régimen anualizado a partir del 9 de diciembre de 2003 y que se encontraba afiliado al Fondo Nacional del Ahorro desde la fecha que ingresó al municipio (f.62), es decir desde el 9 de diciembre de 2003 hasta el año 2013.

De ahí que el accionante siempre se mantuvo afiliado al FNA, inclusive con posterioridad a la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por lo que, como se dijo en el acápite normativo, a él, como a todas aquellas personas

que se encuentren Fondo Nacional del Ahorro¹⁸, no se les reconoce sanción por mora sino una equivalente al doble del interés bancario corriente que se causa a favor del fondo, dado que se trata de dos regímenes legales distintos, por lo que para el caso concreto le era aplicable en caso de no consignación oportuna de las cesantías lo establecido en la ley 432 de 1998 .

Así las cosas, la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad del acto administrativo ficto o presunto y en consecuencia condenó al municipio al reconocimiento y pago la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, será revocada, toda vez que las pretensiones del demandante carecen del alcance jurídico otorgado, y, en cambio, debieron ser negadas por el *a quo*.

En estas condiciones, esta Sala de decisión no se referirá al objeto de la apelación dado que pierden fundamento legal los argumentos expresados por el demandante y los razonamientos del *a quo* para conceder la sanción moratoria, lo que impone a la Sala la revocatoria de la decisión de primera instancia y en su lugar, negar las súplicas de la demanda.

De la condena en costas

En cuanto a la condena en costas en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se seguirá el criterio adoptado por esta Subsección¹⁹. En ese orden de ideas, en cumplimiento del numeral 4 del artículo 365 del Código General del Proceso, como quiera que la sentencia apelada será revocada en su totalidad, se condenará en costas en las dos instancias a la parte demandante, quien resultó vencida en el proceso. Liquidense por Secretaría del Tribunal.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

¹⁸ Ley 432 del 29 de enero 1998 en su artículo 6.

¹⁹ Se puede ver, entre otras, la sentencia de 14 de julio de 2016, radicado 2013-00270-03 (3869-2014).

FALLA

PRIMERO.- REVOCASE la sentencia del 29 de abril del 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Atlántico, que accedió a las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia.

SEGUNDO.- NIÉGANSE las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por el señor Edinson Naranjo Varela contra el Municipio de Soledad (Atlántico), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En su lugar,

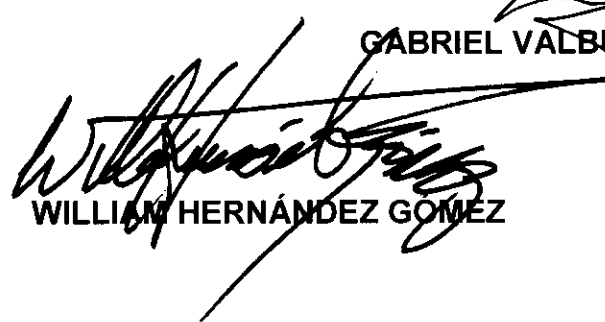
TERCERO.- CONDÉNASE en costas de ambas instancias a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. Liquidense por la Secretaría del Tribunal.

CUARTO.- DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS