



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A**

Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez

Bogotá D.C., doce de abril de 2018

Radicación: 13001-23-33-000-2014-00288-01
Número interno: 2195-2016
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Robin Alberto Alarcón Pizarro
Demandado: Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-044-2018

ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 15 de marzo de 2016 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor Robin Alberto Alarcón Pizarro en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias .

Pretensiones¹

1.- Declarar la nulidad del acto administrativo ficto o presunto originado de la petición de fecha 27 de noviembre de 2009, por medio del cual solicitó al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias el reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas en los términos de los artículos 99 de la Ley 50 de 1990, 13 de la Ley 344 de 1996 y 1 del Decreto 1582 de 1998.

A título de restablecimiento del derecho solicitó lo siguiente:

2.- Ordenar a la demandada a reconocer y pagar al demandante la indemnización moratoria regulada en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, suma equivalente a un día de salario por cada día de retardo por valor de 38.356.273, contados desde el 15 de febrero de 2009 hasta el 27 de septiembre de 2011, fecha en la que se materializó la consignación de las cesantías por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2008.

3. Ordenar el pago de los intereses moratorios a la más alta tasa permitida por la Superintendencia Financiera, desde el día en que se realizó la consignación de las cesantías adeudadas en su cuenta individual del Fondo Nacional del Ahorro (que fue el 27 de septiembre de 2011) hasta cuando se efectúe el pago total de la sanción moratoria pretendida.

4. Actualizar las sumas indicadas de acuerdo a la variación del IPC desde el momento en que se hicieron exigibles hasta cuando se realice el pago total de lo debido por la consignación tardía de las cesantías correspondientes al año 2008.

¹ Folios 1 y 2 del expediente.

Fundamentos fácticos

1. La entidad demandada a través de la Resolución 1536 del 30 de diciembre de 2008, reconoció y ordenó pagar al señor Robin Alberto la suma de \$1.428.754 por concepto de cesantías de la vigencia 2008.

2. El día 27 de noviembre de 2009, el demandante consultó el movimiento de su cuenta individual de cesantías en el Fondo Nacional del Ahorro, observando que hasta la fecha no se le había realizado la consignación de la suma reconocida en el acto administrativo citado, motivo por el cual, ese mismo día elevó petición al ente territorial demandado con el fin de que se le depositaran las cesantías, así como los respectivos intereses causados por la mora en el pago en el mencionado Fondo.

3. A través de Oficio de fecha 21 de junio de 2010, la demandada le informó que las cesantías habían sido consignadas de forma oportuna al Fondo Nacional del Ahorro, pero debido a una falla técnica el aludido Fondo no había efectuado las consignaciones individuales sino que existía un depósito global, sin que hasta esa fecha se hubiese podido dar solución al inconveniente presentado.

4. Posteriormente, mediante Oficio AMC-OFI-0034816-2011 del 29 de septiembre de 2011, se le informó que por un error, fueron acreditados a la Alcaldía Distrital Mayor de Cartagena, el monto del auxilio de la cesantía reconocido a su favor, por lo que en la fecha precitada se había desembolsado las cantidades correspondientes con los respectivos intereses.

5. El ente territorial demandado tenía la obligación de consignar la suma reconocida por concepto de cesantías a más tardar el 15 de febrero de 2009 y solo lo hizo el 27 de septiembre de 2011, motivo por el cual, incurrió en mora o retardo en el pago de éstas.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.²

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo³.

En el presente caso a folio 130 y cd que obra a folio 128, en la etapa de excepciones previas se indicó lo siguiente:

«[...] Con la contestación de la demanda la accionada (sic) formuló las excepciones de INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO POR EL

² Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. (2015) EJRLB.

³ Ramírez Jorge Octavio, consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. EJRLB.

DEMANDANTE y la INNOMINADA, las cuales deberán ser resueltas junto con el fondo del asunto dada su naturaleza de excepciones de mérito. El Tribunal por su parte no observa la configuración de excepciones previas que puedan ser declaradas probadas en este momento procesal [...]». (Mayúsculas del texto).

La decisión quedó notificada en estrados y las partes no interpusieron recursos.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo», porque es guía y ajuste de esta última.⁴

En el *sub lite* a folios 126 a 127 y cd que obra a folio 129, el *a quo* fijó el litigio respecto de los hechos en los que existe acuerdo, en los que no están de acuerdo las partes y el problema jurídico de la siguiente forma:

Hechos en los que existe acuerdo

«[...] El Distrito de Cartagena mediante Resolución 1536 de fecha 30 de diciembre de 2008 y según listado anexo a la misma, reconoció y ordenó pagar al demandante en su calidad de empleado del DADIS, la suma de \$1.428.754, por concepto de cesantías de la vigencia del año 2008 [...]».

Hechos en los se advierte desacuerdo

«[...] están en desacuerdo con la prosperidad de las pretensiones, por cuanto mientras el actor estima que a estas debe accederse, el Distrito de Cartagena se opone, señalando que no incurrió en mora en la consignación de las cesantías correspondientes al año 2008, las cuales depositó en tiempo, sin que por lo tanto le asista derecho al actor a reclamar sanción

⁴ Hernández Gómez William, actualmente consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB

alguna por dicho concepto, siendo que en su calidad de servidor público de un ente territorial afiliado al Fondo Nacional del Ahorro, en materia de cesantías, le es aplicable lo normado en la Ley 432 de 1998 y no lo preceptuado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 [...]».

Se le concedió el uso de la palabra a las partes y manifestaron estar de acuerdo.

Problema jurídico fijado en el litigio

«[...] Hay lugar a reconocer a favor del demandante sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías correspondientes al año 2008 [...]».

Se le concedió el uso de la palabra a las partes y manifestaron estar de acuerdo.

SENTENCIA APELADA⁵

El *a quo* profirió sentencia de forma escrita en la cual denegó las pretensiones de la demanda, conforme a las siguientes consideraciones:

En primer lugar, realizó el estudio normativo y jurisprudencial de la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías, para concluir que los servidores públicos afiliados al Fondo Nacional del Ahorro no se les aplica la sanción deprecada, en virtud de que las normas especiales consagran otro tipo de beneficios, tales como programas de vivienda que esta entidad adelanta, más los intereses que se reconocen a las cesantías.

Indicó que conforme a las pruebas obrantes en el plenario, por tratarse de un servidor público del orden territorial afiliado al Fondo Nacional del Ahorro, no tiene derecho a reclamar la sanción moratoria por la no consignación

⁵ Folios 178 a 188.

oportuna de las cesantías, dado que no le resulta aplicable la Ley 50 de 1990 por expresa disposición de la normatividad vigente, sino, que habilita a dicho fondo para adelantar las acciones de cobro de conformidad con el artículo 7 de la Ley 432 de 1998, reglamentada por el artículo 34 del Decreto 1453 de 1998.

RECURSO DE APELACIÓN⁶

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, fue enfática en señalar que la suma reconocida por concepto de las cesantías anualizadas no fue consignada a su cuenta individual en el Fondo Nacional del Ahorro en forma oportuna, así como también se omitió dar cumplimiento a lo dispuesto en la ley que ordena que el empleador debe enviar certificación que contenga el valor de los factores salariales que constituyen la base para liquidar las cesantías, circunstancia que puede demostrarse con las pruebas allegadas al plenario.

Indicó que las razones o motivos por los cuales no se consignaron en su cuenta individual las cesantías correspondientes al año 2008, no pueden trasladarse al demandante, pues es clara la negligencia del Distrito de Cartagena al consignarlas el 27 de noviembre de 2011, lo cual no permitió que pudiera disponer del derecho y además le causó la pérdida de valor adquisitivo de la moneda, en referencia a los otros trabajadores del ente territorial.

Reiteró que además de la sanción moratoria se solicitó el pago de los intereses moratorios y que el *a quo* omitió declararla a su favor, circunstancia que genera un trato de desigualdad, detrimento al patrimonio y un enriquecimiento sin causa a favor de la demandada y que vulnera el principio

⁶ Folios 191 a 205.

de favorabilidad, para lo cual citó apartes jurisprudenciales de la Corte Constitucional que analizan la aplicación de este principio en materia laboral.

Concluye que aunado a lo anterior, la entidad incumplió con el deber previsto en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998, como lo es el de transferir al Fondo Nacional del Ahorro la doceava parte de los factores salariales que sirven de base para liquidar las cesantías.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante⁷: Reiteró todos y cada uno de los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Parte demandada⁸: Peticionó confirmar la sentencia recurrida, toda vez que el demandante al estar afiliado al Fondo Nacional del Ahorro no era beneficiario de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990.

El Ministerio Público: No rindió concepto⁹.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁰, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

⁷ Folios 224 a 231.

⁸ Folios 233 a 236.

⁹ Ver constancia secretarial obrante a folio 237.

¹⁰ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

De igual forma, es necesario precisar, que de conformidad con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso¹¹, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Problemas jurídicos

En ese orden, el problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se circunscribe a los aspectos planteados en el recurso de apelación, los cuales se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿El señor Robin Alberto Rincón Pizarro, como afiliado al Fondo Nacional del Ahorro, tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por la omisión de su empleador al no consignar oportunamente sus cesantías al referido fondo en el año 2008?
2. ¿Los intereses moratorios previstos en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998 por el incumplimiento en la transferencia de cesantías de servidores públicos, por parte del empleador al Fondo nacional del Ahorro, deben ser reconocidos a favor del empleado?

Primer problema jurídico

¿El señor Robin Alberto Rincón Pizarro, como afiliado al Fondo Nacional del Ahorro, tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por la omisión de su empleador al no consignar oportunamente sus cesantías al referido fondo del año 2008?

¹¹ «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: El demandante no tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación oportuna del auxilio de cesantía por cuanto la Ley 432 de 1998 no previó dicha consecuencia. Lo anterior se sustenta en las razones que pasan a explicarse:

De las características y diferencias entre la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 y la consagrada en la Ley 244 de 1995.

Esta Subsección en reiterada jurisprudencia¹², ha señalado que existe diferencia entre la indemnización derivada: i) de la falta de consignación antes del 15 de febrero de cada año en un fondo, por la cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre prevista en la Ley 50 de 1990; con ii) la que surge frente a la falta de pago de dicha prestación a la terminación de la relación legal o reglamentaria, o el pago de las cesantías parciales sin que medie la terminación del vínculo laboral, ya que una vez que se presenta este hecho, esto es, cuando el trabajador se retira del servicio por cualquier causa o solicita el pago de sus cesantías parciales y la administración no consigna oportunamente la cesantía que adeuda, deberá cancelar a título de indemnización la sanción prevista en la Ley 244 de 1995.

Es decir, las sanciones contempladas por las Leyes 50 de 1990 y 244 de 1995, regulan dos situaciones diferentes, a saber: i) la primera la no consignación de las cesantías causadas año a año y, ii) la segunda el no pago del auxilio de cesantía originado al momento de terminar la relación laboral o dentro del vínculo laboral la no cancelación de las cesantías parciales para efectos de vivienda o educación.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 15 de febrero de 2018, consejero ponente William Hernández Gómez, número interno 3435-2015

En aplicación de los razonamientos precedentes, en el presente asunto del escrito de la demanda y del recurso de apelación se colige que el señor Robin Alberto Rincón Pizarro, quien aún está vinculado solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación de sus cesantías para el año 2008 prevista en la Ley 50 de 1990. Por lo tanto, bajo ese entendido se analizará el recurso de apelación.

De la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 para el régimen anualizado de cesantías.

De acuerdo a lo esclarecido líneas atrás es preciso señalar que el sistema de liquidación anualizado de cesantías contemplado en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, señalados expresamente por el Decreto reglamentario 1582 de 1998 que hizo extensivo el régimen anualizado de cesantías para los empleados públicos del nivel territorial, previó la sanción por mora a razón de un día de salario por cada día de retardo en el evento en que el empleador incumpla la obligación de consignar antes del 15 de febrero de cada año, el valor correspondiente a la liquidación del auxilio anual (31 de diciembre) por la anualidad o fracción correspondiente al año anterior, en los siguientes términos:

«[...]

Artículo 99º.- 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 él mismo elija. **El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.** [...]» (Se destaca).

El artículo de la referida ley, instituye el régimen de liquidación definitiva anual y el manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, en el cual el empleador deberá efectuar la liquidación definitiva del auxilio de cesantías por la anualidad o la fracción correspondiente y la entrega al empleado de un certificado sobre su cuantía y la consignación del valor correspondiente en el fondo de cesantías elegido por el empleado, antes del 15 de febrero del año siguiente, e igualmente, la sanción por el incumplimiento del plazo, a razón de un día de salario por cada día de retardo.

Puntualmente frente a ese tema, la sanción moratoria se hace exigible a partir del momento en que el empleador incumple el deber de consignar el valor correspondiente a la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuar en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo, en cuenta individual del trabajador antes del 15 de febrero del año siguiente a aquél en que se causó la prestación social.¹³

Improcedencia del reconocimiento de la sanción moratoria de los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro.

Ahora bien, el artículo 6 de la Ley 432 de 1998 contempló lo concerniente a la transferencia de las cesantías de los servidores públicos. Para el efecto:

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia del 25 de agosto de 2016, radicación: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14), demandante: Yesenia Esther Hereira Castillo, sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ004 de 2016.

«[...]

Artículo 6º.- Trasferencia de cesantías de servidores públicos. En la fecha establecida para efectuar las consignaciones de los aportes a los sistemas general de pensiones y de seguridad social en salud, las entidades públicas empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional de Ahorro una doceava parte de los factores de salarios que sean base para liquidar las cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior para los servidores públicos afiliados.

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

Mensualmente, las entidades públicas empleadoras enviarán al Fondo Nacional de Ahorro una certificación que contenga el valor total de los factores salariales que constituyan base para liquidar cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior.

Los funcionarios competentes de las entidades públicas empleadoras, que sin justa causa no hagan oportunamente las consignaciones de los aportes mensuales o el envío de los reportes anuales de cesantías debidamente diligenciados, incurrirán en causal de mala conducta que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.

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 [...]»¹⁴. (Subrayado de la Subsección).

Conforme a lo anterior, en caso de incumplimiento en la obligación de las entidades pagadoras de transferir los valores correspondientes a la doceava parte de los salarios base para liquidar la cesantía, corresponde al FNA adelantar las acciones de cobro consistente en intereses moratorios

¹⁴Modificado por el art. 193, Decreto Nacional 019 de 2012

mensuales, equivalentes al doble interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, sobre las sumas respectivas para todo el tiempo de la mora. Para ello, el artículo 7 de la Ley 432 de 1998¹⁵ reguló que las liquidaciones mediante las cuales el fondo determine los valores adeudados tienen el carácter de títulos ejecutivos.

En ese orden de ideas, de la interpretación sistemática de los artículos 99 de la Ley 50 de 1990, 1.º del Decreto 1582 de 1998 y 6 de la Ley 432 de 1998, debe concluir esta Subsección que en el régimen de cesantías previsto para los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro no es aplicable la sanción moratoria por la consignación tardía del auxilio de cesantía anualizada por parte del empleador al fondo.

Determinado lo anterior, en el presente asunto se tiene probado lo siguiente:

1. Según certificación expedida por el profesional especializado de Talento Humano del Departamento Administrativo de Salud-DADIS (folio 30), se observa que el señor Robin Alberto Alarcón Pizarro ingresó a laborar a dicha entidad el 7 de febrero de 2007 en el cargo de técnico en el área de salud, código 323, grado 21¹⁶.
2. Del Extracto Individual de Cesantías (folios 146 a 154) se desprende que el demandante se encuentra afiliado al Fondo Nacional del Ahorro desde el año 2008 hasta la fecha de presentación de la demanda y que

¹⁵ **Artículo 7º.- Acciones de cobro.** Corresponde al Fondo Nacional de Ahorro adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones de las entidades empleadoras, de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual el Fondo determine los valores adeudados, tendrá carácter de título ejecutivo.

El Fondo podrá verificar la exactitud y oportunidad de las correspondientes transferencias de cesantías, para lo cual gozará de facultades de investigación y fiscalización en las entidades empleadoras, para tal efecto podrá:

- a. Practicar visitas de inspección a las entidades;
- b. Nóminas, presupuestos, balances y libros de contabilidad; y

Hacer requerimientos a los representantes legales, jefes de personal y pagadores;

¹⁶ Se observa que en dicha certificación también se dice que es profesional universitario código 237 grado 35, sin embargo no se indica desde qué fecha desempeña tal cargo.

las cesantías fueron reportadas a su cuenta individual el 27 de noviembre de 2011.

3. A través de Resolución 1536 del 30 de diciembre de 2008, se reconoció y ordenó al pago al Fondo Nacional del Ahorro la suma 5.741.512, por concepto de cesantías de la vigencia del año 2008, entre ellos, al señor Robin Alarcón (folios 18 y 19).
4. Mediante Oficio de fecha 21 de junio de 2010, el profesional especializado del Área de Talento Humano del DADIS, informó al demandante, que las cesantías correspondientes al año 2008, habían sido consignadas de forma oportuna al Fondo Nacional del Ahorro, pero debido a una falla técnica el aludido Fondo no había efectuado las consignaciones individuales sino que existía un depósito global, sin que hasta esa fecha se hubiese podido dar solución al inconveniente presentado (folio 21)
5. Posteriormente, mediante Oficio AMC-OFI-0034816-2011 del 29 de septiembre de 2011, el coordinador del Área de Talento Humano del DADIS, le manifestó al señor Alarcón Pizarro que por un error involuntario el monto del auxilio de la cesantía reconocido a su favor, fue girado a la Alcaldía Distrital Mayor de Cartagena, por lo que en la fecha precitada se habían desembolsado las cantidades correspondientes con los respectivos intereses (folio 22).

Conforme a lo señalado en acápites anteriores, se colige que por estar afiliado el demandante al Fondo Nacional del Ahorro, no es procedente el reconocimiento de la sanción moratoria reclamada, en la medida que la Ley 432 de 1998 previó una consecuencia diferente en el caso de mora en la consignación de los aportes por parte del empleador como es el cobro de intereses moratorios mensuales equivalentes al doble del interés bancario corriente.

En conclusión: En razón a que el demandante se encuentra afiliado al Fondo Nacional del Ahorro, no tiene derecho a la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 que regula la sanción por no consignación oportuna de las cesantías anualizadas tal como lo declaró el *a quo*, toda vez que la Ley 432 de 1998, prevé el pago de intereses moratorios en el caso de mora en la consignación de los aportes por parte del empleador.

Segundo problema jurídico

¿Los intereses moratorios previstos en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998 por el incumplimiento en la transferencia de cesantías de servidores públicos, por parte del empleador al Fondo nacional del Ahorro, deben ser reconocidos a favor del empleado?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: El demandante no tiene derecho al reconocimiento de los intereses moratorios de la tasa más alta permitida por la Superintendencia Financiera, como quiera que la Ley 432 de 1998 reguló tal sanción a favor del Fondo Nacional del Ahorro y no del empleado, como consiguientemente se sustentará.

En efecto, tal y como se explicó en apartes anteriores el artículo 6 de la Ley 432 de 1998 dispuso que 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.

De igual forma, el inciso 2 de la citada normativa previó:

«[...] El incumplimiento de la obligación aquí establecida dará derecho al Fondo para cobrar a su favor intereses moratorios mensuales, equivalentes al doble interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, sobre las sumas respectivas para todo el tiempo de la mora [...]»¹⁷. (Subrayado de la Sala).

A su vez, el artículo 7 de la Ley 432 de 1998 señaló que corresponde al Fondo Nacional de Ahorro adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones de las entidades empleadoras y que la liquidación mediante la cual el Fondo determine los valores adeudados, tendrá carácter de título ejecutivo.

Conforme a la normativa en cita, se encuentra que respecto a los servidores públicos afiliados al Fondo Nacional del Ahorro, la sanción prevista en caso de retardo en la consignación en el citado fondo de la liquidación de las cesantías, es el pago de intereses moratorios a favor del Fondo Nacional del Ahorro.

En tal sentido se pronunció esta Corporación¹⁸ en un caso similar al aquí estudiado:

«[...]»

Respecto a los servidores públicos afiliados al FNA, como es el caso de la actora, dicho decreto mantuvo el sistema de liquidación previsto en la Ley 432 de 1998, el cual no consagra la sanción por mora en la consignación del valor de las cesantías, sino el cobro de intereses moratorios a favor del FNA, regulación que como se dejó expuesto en el acápite anterior, obedece a las características propias del sistema de liquidación, la naturaleza y los objetivos del FNA, y que no resulta violatoria del derecho a la igualdad, dadas

¹⁷Modificado por el art. 193, Decreto Nacional 019 de 2012

¹⁸ Consejo De Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del diciembre 5 de 2013. Rad.: 08001-23-31-000-2011-01269-01. Expediente: 0229-2013 Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

las particularidades de dicho sistema de liquidación de cesantías, y los beneficios que tienen los afiliados al mismo.

Así pues, dirá la Sala que la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 solo es aplicable a los servidores públicos que han escogido un fondo administrador de cesantías de carácter privado, pues los afiliados al FNA se gobiernan por el artículo 5º y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998, la cual no previó una sanción por mora en la consignación del auxilio de cesantías, sino el pago de intereses moratorios a favor del fondo. [...]» (Negritas fuera de texto).

Así las cosas, no es de recibo para esta Subsección la tesis argüida por el señor Alarcón Pizarro en cuanto a que el pago de los intereses moratorios mensuales de que trata la citada ley, deben ser reconocidos a su favor, pues, se reitera, dicho pago debe ser cancelado al FNA.

En conclusión: El señor Robin Alberto Alarcón no tiene derecho al pago de intereses moratorios que prevé el artículo 6 de la Ley 432 de 1998, por la tardanza en la consignación en el fondo de las cesantías, por parte del empleador, como quiera que dicha sanción se encuentra consagrada a favor del Fondo Nacional del Ahorro, entidad que fue dotada de las respectivas facultades para realizar dicho cobro.

Finalmente, sobre el argumento expuesto por la parte demandante en el sentido de que incumplió con el deber de enviar certificación que contenga el valor de los factores salariales que constituyen la base para liquidar las cesantías, la Sala considera que dicho argumento no fue expuesto en el libelo introductor, en todo caso, dicha omisión no genera el pago de sanción moratoria alguna o de intereses a favor del empleado tal y como quedó expuesto en precedencia.

Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden la Subsección confirmará la sentencia de primera instancia que denegó las súplicas de la demanda toda vez que no prosperan los argumentos del recurso de apelación tendientes al reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, tal y como lo declaró el *a quo*.

De la condena en costas

Esta Subsección en providencia con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez¹⁹ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de condena en costas por lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

¹⁹ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP²⁰, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso se condenará en costas a la parte demandante, en la medida que conforme el ordinal 3.º del artículo 365 del CGP, resulta vencida en el proceso y porque la entidad demandada intervino en esta instancia. Las costas serán liquidadas por el *a quo* de conformidad con el artículo 366 del CGP.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

²⁰ “ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia de 15 de marzo de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que denegó las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó el señor Robin Alberto Alarcón Pizarro contra el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.

Segundo: Condenar en costas en la segunda instancia a la parte demandante y a favor de la parte demandada, las cuales se liquidarán por el *a quo*.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

