



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

Bogotá D. C., quince (15) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación : 27001-23-33-000-2013-00266-01 (5025-2014)

Demandante : ALIRIO RENGIFO MOSQUERA

Demandado : DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ Y DASALUD EN LIQUIDACIÓN

SO.0036

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 20 de octubre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo Oral del Chocó, que denegó las súplicas de la demanda instaurada por el señor Alirio Rengifo Mosquera en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la actuación administrativa a través de la cual el Departamento del Chocó y el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó (DASALUD EN LIQUIDACIÓN), le negaron el reconocimiento y pago de la sanción moratoria que consagra la Ley 244 de 1995, por la no consignación oportuna del auxilio de cesantías parciales.

ANTECEDENTES

A través de apoderado judicial el señor Alirio Rengifo Mosquera, solicitó se declare la nulidad del acto ficto producto del silencio administrativo negativo, generado por la ausencia de respuesta por parte del Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó (DASALUD EN LIQUIDACIÓN), ante el recurso de reposición que presentó el 4 de enero de 2012 en contra de la Resolución 1972 de 30 de diciembre de 2011, en la que omitió reconocer la sanción moratoria por la no consignación oportuna del auxilio de cesantías parciales.



Radicación: 27001 23 33 000 2013 00266 01 (5025- 2014)
Demandante: Alirio Rengifo Mosquera
Demandado: Departamento del Chocó y DASALUD EN LIQUIDACIÓN

A título de restablecimiento del derecho pidió que se condene a la parte demandada al reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 que modifica y adiciona la Ley 1071 de 2006, desde el 26 de septiembre de 2008 hasta que se verifique el pago de la misma; que la liquidación de estas condenas se efectúe en sumas líquidas de moneda de curso legal con base en el IPC o al por mayor según el artículo 179 (sic) del CPACA; y que se condene en costas y agencias en derecho.

Como **hechos** relató que laboró desde el «2 de febrero de 1988» en el cargo de profesional universitario al servicio de DASALUD EN LIQUIDACIÓN; el 19 [error: es 18] de junio de 2008 le solicitó a dicha entidad el reconocimiento y pago de las cesantías parciales; el 30 de diciembre de 2011 a través de Resolución 1972 le fueron reconocidas por los años 2006 a 2011 sin la sanción moratoria correspondiente; el 4 de enero de 2012 interpuso recurso de reposición contra la anterior resolución ante el no pago de la referida sanción sin que hasta la fecha de presentación de la demanda se haya emitido respuesta alguna al respecto.

En el **concepto de violación** adujo que si el 18 de junio de 2008 presentó ante la entidad la petición de reconocimiento de las cesantías parciales, significa que entre ese día y el 9 de julio de 2008, debió emitirse la resolución correspondiente, acto que estaría ejecutoriado el 16 de julio de 2008, y los 45 días hábiles transcurrirían desde el 17 de julio al 17 de septiembre de 2008, pero como ello no sucedió, desde el 18 de septiembre de 2008, es aplicable la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 modificada y adicionada por Ley 1071 de 2006.

En la **respuesta a la demanda** el **departamento del Chocó** sostuvo que, al carecer de vínculo laboral con el accionante, no está llamado a responder por las obligaciones o deudas que le asisten a DASALUD EN LIQUIDACIÓN, entidad que goza de autonomía administrativa y presupuestal, sumado a que las pretensiones del demandante son infundadas, excesivas y carentes de objetividad.



Radicación: 27001 23 33 000 2013 00266 01 (5025- 2014)
Demandante: Alirio Rengifo Mosquera
Demandado: Departamento del Chocó y DASALUD EN LIQUIDACIÓN

Además, el acto que debió demandar es la Resolución 1972 de 2012 en la que se le reconocen las cesantías parciales y que está caducada; no existe acto ficto porque «el derecho de petición se contestó, al presentar el recurso de reposición, que no es obligatorio y antes de correr el término de los tres meses porque el mismo se hizo en vigencia del decreto 01 de 1984, este (sic) debió demandar la nulidad de dicho acto»; los derechos laborales contemplados en el Código Sustantivo del Trabajo prescriben en 3 años a partir de la fecha en que surge la exigibilidad del derecho por parte del trabajador, que es al momento de terminar el contrato de trabajo.

Propuso la excepción de «Caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho» con el mismo fundamento, en el sentido de que se debió demandar el acto que reconoció las cesantías, pues con la interposición del recurso de reposición, que no es obligatorio, agotó la vía gubernativa y no podía esperar a que se le venciera el término de «tres meses» para recurrir dicho acto. Además, planteó la excepción de «Falta de legitimación material en la causa por pasiva», porque no tiene obligación de solidaridad con DASALUD EN LIQUIDACIÓN para responder por una deuda que no generó.

DASALUD EN LIQUIDACIÓN indicó que en este asunto se configuró una inepta demanda, porque si se solicitó la nulidad del acto ficto originado en la no respuesta al recurso de reposición, significa que igualmente se debió demandar el acto administrativo inicial que fue objeto de ese recurso. En este argumento se sustentó el medio exceptivo que propuso y que denominó como «inepta indebida (sic) individualización del acto administrativo demandado».

En la **audiencia inicial**, tal como consta en el medio magnético correspondiente, las partes estuvieron de acuerdo con el trámite impartido al proceso; se declararon como no probadas las excepciones de: caducidad de la acción, falta de legitimación en la causa por pasiva e inepta demanda; se fijó el litigio; y se profirió la sentencia (minuto 5:16 en adelante).



Radicación: 27001 23 33 000 2013-00266 01 (5025- 2014)
Demandante: Alirio Rengifo Mosquera
Demandado: Departamento del Chocó y DASALUD EN LIQUIDACIÓN

En cuanto a la caducidad de la acción el tribunal indicó, que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 60 del CCA, sí se configuró el acto ficto resultante del silencio administrativo negativo, porque transcurrieron más de 2 meses a partir del 4 de enero de 2012, fecha en la que se interpuso el recurso de reposición en contra de la Resolución 1972 de 2012, sin que se hubiera resuelto, además la parte demandada no controvertió tal situación; por manera que la demanda, bien podía ser presentada en contra de ese acto presunto, al tenor de lo dispuesto por el literal d) del numeral 1 del artículo 164 del CPACA.

Frente a la falta de legitimación en la causa por pasiva del departamento, manifestó que DASALUD es un organismo de la administración central departamental sin personería jurídica y que depende directamente del gobernador del Chocó.

Respecto a la inepta demanda por falta de requisitos formales sostuvo que aunque no se acusó el acto inicial sino solo el acto ficto producto del silencio administrativo negativo, lo cierto es que en el libelo introductor con toda claridad se dijo lo que se pretendía, tal como lo ordena el numeral 2 del artículo 162 CPACA, cuando en las declaraciones y condenas se señaló que se solicita la nulidad del acto ficto o presunto resultante del silencio administrativo negativo respecto del recurso interpuesto el 4 de enero de 2012 contra la negativa de reconocimiento de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006.

Lo decidido frente a estas excepciones fue notificado por estrados y no se presentó ninguna objeción por parte de los intervinientes en la audiencia.

Se fijó en el litigio así:

Primero. Se debe establecer en el presente caso, si el acto ficto o presunto resultante del silencio administrativo negativo respecto del recurso presentado el 4 de enero del año 2012 mediante el cual se entiende se niega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, es nulo por violación de las normas superiores que se citaron como vulneradas a saber: Constitución Nacional, Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, Decreto 2712 de 1999 y 3118 de 1968. Segundo. Si como consecuencia de la anterior declaración, y a

Radicación: 27001 23 33 000 2013 00266 01 (5025- 2014)
Demandante: Alirio Rengifo Mosquera
Demandado: Departamento del Chocó y DASALUD EN LIQUIDACIÓN

título de restablecimiento del derecho se debe ordenar a la demandada, reconocer y pagar al señor Alirio Rengifo Mosquera, la sanción moratoria por pago tardío de sus cesantías parciales (Desde el minuto 15:41).

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo Oral del Chocó en sentencia proferida dentro de la audiencia inicial celebrada de 20 de octubre de 2014, inicialmente declaró que se produjo al fenómeno jurídico del acto ficto negativo respecto de la petición que el accionante radicó ante DASALUD EN LIQUIDACIÓN el 4 de enero de 2012, luego denegó sus pretensiones y lo condenó en costas, además ordenó compulsar copias a la Procuraduría Departamental a fin de que se investigue al funcionario que expidió la Resolución 1972 de 2011.

A efecto de rechazar las súplicas del demandante consideró, que según las normas que regulan la materia, para que la entidad incurra en mora en el pago de las cesantías, en este caso parciales, se requiere que el empleado presente la solicitud ante la entidad pagadora y con el lleno de los requisitos legales.

Pero en este asunto, el actor no probó que hubiera radicado esa petición de pago de las cesantías parciales ante el Fondo Nacional de Ahorro con el cumplimiento de los requerimientos legales, pues la solicitud que reposa en el proceso de pago de esas cesantías fue dirigida ante DASALUD EN LIQUIDACIÓN.

Además, la consecuencia prevista por la ley para la no consignación o la consignación tardía de las cesantías de los afiliados al fondo en mención, no es la sanción moratoria sino 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.

LA APELACIÓN

El demandante por intermedio de apoderado interpuso el recurso de alzada con fundamento en que, si el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006 estipuló que, dentro



Radicación: 27001 23 33 000 2013 00266 01 (5025- 2014)
Demandante: Alirio Rengifo Mosquera
Demandado: Departamento del Chocó y DASALUD EN LIQUIDACIÓN

de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud, la entidad empleadora deberá expedir la resolución correspondiente, ello significa que la petición de cesantías se debe dirigir ante el empleador y no ante el fondo al que pertenece el afiliado.

De aceptar el argumento del *a quo*, al haberse radicado la petición ante al empleador, este último le ha debido informar que tenía que dirigirse ante el fondo correspondiente y darle el traslado de esa solicitud, so pena de vulnerar su derecho al debido proceso y el artículo 33 del CCA.

Además, la Ley 1071 de 2006 al regular el trámite de las cesantías parciales solo exige que se acredite la no cancelación de las mismas dentro del término previsto en la ley, y en este caso como la petición se presentó el 18 de junio de 2008 y solo hasta el 31 de diciembre de 2012 [error: es 2011], es decir 4 años (sic) y 5 meses, fueron reconocidas a través de la Resolución 1972, está más que comprobado el retardo; razones por las cuales automáticamente se genera en su favor el derecho a obtener el pago de la sanción moratoria.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El **accionante** indicó que el tribunal no podía pronunciarse acerca de si le asistía el derecho a las cesantías parciales, porque nunca lo solicitó en la medida en que las mismas ya estaban reconocidas, ello sumado a que el acto acusado no fue la Resolución 1972 de 2012 sino el ficto o presunto que se generó ante la falta de respuesta al recurso de reposición interpuesto el 4 de enero de 2012; aspectos que denotan la incongruencia en la sentencia.

Así mismo, si declaró la existencia del acto ficto, en consecuencia ha debido ordenar el restablecimiento del derecho y condenar al pago de la sanción moratoria, ello sumado a que el artículo 3 del Decreto 1453 de 1998, por el que se reorganizó el Fondo Nacional de Ahorro, dispuso que su objeto es el de administrar las cesantías pero no liquidarlas, pues a quien le corresponde esa

Radicación: 27001 23 33 000 2013 00266 01 (5025- 2014)

Demandante: Alirio Rengifo Mosquera

Demandado: Departamento del Chocó y DASALUD EN LIQUIDACIÓN

liquidación es al ordenador del gasto de la entidad en la que se prestó el servicio, a través de un acto administrativo y en un término de 15 días hábiles.

Ni la **parte demandada** ni el **Ministerio Público** intervinieron en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En esta oportunidad de conformidad con los reparos en los que se sustenta el recurso de alzada, la controversia se centra en establecer, de un lado si la petición de reconocimiento y pago de las cesantías parciales, se debe presentar ante el empleador cuando el empleado público está afiliado al Fondo Nacional de Ahorro, y de otro si al demandante le asiste el derecho al pago de la sanción por mora ante la no cancelación oportuna de las cesantías parciales de los años 2006 a 2011.

A fin de desatar la controversia planteada y para lo que a este caso concreto interesa, inicialmente se hará un recuento histórico normativo referido al tema concerniente a 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 luego de la reseña de la documental que obra en el proceso, establecer si al actor le asiste la razón en lo que pretende.

LAS CESANTÍAS Y LA SANCIÓN MORATORIA

Legalmente las prestaciones sociales se han 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 este último,



Radicación: 27001 23 33 000 2013 00266 01 (5025- 2014)
Demandante: Alirio Rengifo Mosquera
Demandado: Departamento del Chocó y DASALUD EN LIQUIDACIÓN

que encuentren su origen en la relación laboral. Dentro de estas prestaciones se encuentra el auxilio de cesantías.

La **Ley 50 de 1990** en el artículo 99¹, expresamente constituye el **régimen anualizado** de liquidación de la cesantía cuando en su numeral 1 señaló, que «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». En el numeral 2 ordenó la cancelación 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, 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.

Por su parte la **Ley 244 de 1995**² 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

¹ **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. [...]».

² **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».

Radicación: 27001 23 33 000 2013 00266 01 (5025- 2014)
Demandante: Alirio Rengifo Mosquera
Demandado: Departamento del Chocó y DASALUD EN LIQUIDACIÓN

artículo 2 dispone para la entidad pública pagadora, un plazo máximo de 45 días hábiles para cancelar la prestación, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que ordena dicha liquidación.

Su parágrafo manda que **en caso de mora en el pago** de esas cesantías definitivas, la entidad obligada, de sus propios recursos, deberá 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**³ 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 les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo anteriormente dispuesto.

El **Decreto 1582 de 1998**⁴ 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 y 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, **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.**

³ 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».

⁴ 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».



Radicación: 27001 23 33 000 2013 00266 01 (5025- 2014)
Demandante: Alirio Rengifo Mosquera
Demandado: Departamento del Chocó y DASALUD EN LIQUIDACIÓN

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 esta 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 2006⁵, 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. 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 emplear: «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».

⁵ 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».

Radicación: 27001 23 33 000 2013 00266 01 (5025- 2014)
Demandante: Alirio Rengifo Mosquera
Demandado: Departamento del Chocó y DASALUD EN LIQUIDACIÓN

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, «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».

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 existen: **(i) las cesantías anualizadas**: son las que se causan año tras año; están reguladas por la Ley 50 de 1990, la Ley 344 de 1996 al igual que por el Decreto 1582 de 1998; el empleador las debe liquidar anualmente a 31 de diciembre de cada año, por anualidad o fracción; el empleador las debe consignar antes del 15 de febrero de cada año, en el fondo de cesantías elegido



Radicación: 27001 23 33 000 2013 00266 01 (5025- 2014)
Demandante: Alirio Rengifo Mosquera
Demandado: Departamento del Chocó y DASALUD EN LIQUIDACIÓN

por el empleado, sin perjuicio de la consignación que deba efectuar en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo⁶; 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: 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; están reguladas por las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006; 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 mora⁷, 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: 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; están reguladas por la Ley 1071 de 2006; 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; 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

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 15 de febrero de 2018, radicación 3435-2015.

⁷ 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.

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.



Radicación: 27001 23 33 000 2013 00266 01 (5025- 2014)
Demandante: Alirio Rengifo Mosquera
Demandado: Departamento del Chocó y DASALUD EN LIQUIDACIÓN

cada día de retardo hasta su pago efectivo, para lo que solo basta acreditar su no cancelación dentro de ese término.

EL FONDO NACIONAL DE AHORRO

El Decreto 3118 de 1968⁹ en el 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». Y como lo ordena su artículo 2, con el **objetivo 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.

Por orden de 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, **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

⁹ 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».



Radicación: 27001 23 33 000 2013 00266 01 (5025- 2014)
Demandante: Alirio Rengifo Mosquera
Demandado: Departamento del Chocó y DASALUD EN LIQUIDACIÓN

«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».

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 1975¹⁰ se incrementó, para fijarlo en el 12%.

Luego, la Ley 432 de 1998¹¹ 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 ordenó 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

¹⁰ Ley 41 de 1975. «Por la cual se modifica el Decreto-ley 1253 de 1975 y se dictan otras disposiciones».

¹¹ 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».

Radicación: 27001 23 33 000 2013 00266 01 (5025- 2014)
Demandante: Alirio Rengifo Mosquera...
Demandado: Departamento del Chocó y DASALUD EN LIQUIDACIÓN

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 Militares y de la Policía Nacional ni los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989. 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 indicó, 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»**. 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».

A esta altura 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 constitucionalidad¹² en relación con el derecho a la

¹² Corte Constitucional, sentencia C-625 de 1998, magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra. En esta

Radicación: 27001 23 33 000 2013 00266 01 (5025- 2014)
Demandante: Alirio Rengifo Mosquera
Demandado: Departamento del Chocó y DASALUD EN LIQUIDACIÓN

igualdad en el que concluyó, que no se configura transgresión al mismo, 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 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 y en cuanto al 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**¹³, en el sentido de 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; 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

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.

¹³ 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».

Radicación: 27001 23 33 000 2013 00266 01 (5025- 2014)
Demandante: Alirio Rengifo Mosquera
Demandado: Departamento del Chocó y DASALUD EN LIQUIDACIÓN

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.

Vale la pena resaltar que esta ley fue reglamentada por el Decreto 1453 de 1998¹⁴ 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 derogado por el Decreto 2555 de 2010, que en su artículo 11.2.1.6.6., categorizó al Fondo Nacional de Ahorro como un intermediario financiero¹⁵.

En conclusión, (i) de conformidad con lo establecido por la Ley 432 de 1998¹⁶ 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

¹⁴ 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».

¹⁵ 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, FINETER, Fondo Nacional de Garantías- FNG y Fondo Nacional de Ahorro».

¹⁶ 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».



Radicación: 27001 23 33 000 2013 00266 01 (5025- 2014)
 Demandante: Alirio Rengifo Mosquera
 Demandado: Departamento del Chocó y DASALUD EN LIQUIDACIÓN

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 esa 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.

DE LO ACREDITADO EN EL PROCESO

Por medio de la Resolución 5354 de **30 de diciembre de 1997** el actor fue nombrado en el cargo de profesional universitario (financiera), del cual tomó posesión en la misma fecha según consta en el Acta 180. (fols. 102).

El 18 de junio de 2008 presentó **petición conjunta** ante el gerente interventor de DASALUD EN LIQUIDACIÓN con el fin de que se efectuara:

«[...] el pago de las cesantías parciales acumuladas ya que el F.N.A del cual somos afiliados no las paga por cuanto DASALUD viene incumpliendo históricamente con los aportes a dicho fondo. Lo anterior para que usted como representante legal proceda de conformidad, bien sea girando los aportes al F.N.A. para que este a su vez (sic) los gire al funcionario que las solicite o que DASALUD las pague directamente» (fol.13).

A través de la Resolución 972 de 30 de diciembre de «2011»¹⁷ tal como consta en

¹⁷ En relación con esta fecha se advierte que en el encabezado de este acto administrativo se lee: «RESOLUCIÓN NUMERO 1972 de 2012» (fol. 15), y luego aparece que fue «Dada en Quibdó, a los 30 DEC



Radicación: 27001 23 33 000 2013 00266 01 (5025- 2014)
Demandante: Alirio Rengifo Mosquera
Demandado: Departamento del Chocó y DASALUD EN LIQUIDACIÓN

su parte resolutive, DASALUD EN LIQUIDACIÓN **únicamente le reconoció, por el periodo comprendido entre 2006 y el 2011, las cesantías parciales al igual que los intereses corrientes**, no obstante, que en los considerandos de dicho acto hizo alusión expresa a que era su deber reconocer y pagar «las cesantías parciales o definitivas devengadas o causadas por los funcionarios así como los intereses corrientes y la **sanción moratoria** a que haya lugar en el momento en que se haga efectivo el pago», para lo cual invocó como fundamento normativo el artículo 1 de la Ley 244 de 1995 (fols. 14, 15 y 16).

El 4 de enero de 2012, ante el hecho de que **en la referida resolución no se le reconoció «la sanción prevista en la ley 1071 de 2006 [...] con el objeto de que sea reconocida y liquidada»**, interpuso en forma conjunta el recurso de reposición en su contra (fol. 17).

No existe prueba que demuestre que esta entidad hubiera desatado el recurso interpuesto.

El 8 de julio de **2013** DASALUD EN LIQUIDACIÓN le informó al accionante que continuaba vinculado a su planta de personal transitoria en el cargo de profesional universitario, código 3100, grado 19, a pesar de la supresión de la entidad, tal como se ordenó en el Decreto 0170 de 3 de julio de 2013 (fol. 138).

CASO CONCRETO

De acuerdo con lo probado en el proceso es evidente que el demandante inició labores al servicio de DASALUD EN LIQUIDACIÓN desde el 30 de diciembre de 1997 y que para año 2013 cuando presentó la demanda¹⁸ aún continuaba vinculado a su planta de personal transitoria; el 18 de junio de **2008** a través de **petición**

expedición, la que corresponde al 30 diciembre de **2011**, porque el recurso de reposición que interpuso el actor en su contra, tiene como fecha de presentación y de recibido por parte de la entidad, el 4 de enero de **2012** (fol. 17); de manera que lógicamente no pudo ser expedido en el año 2012.

¹⁸ La demanda ante esta jurisdicción aparece presentada el 28 de agosto de 2013 (fol. 7).



Radicación: 27001 23 33 000 2013 00266 01 (5025- 2014)
Demandante: Alirio Rengifo Mosquera
Demandado: Departamento del Chocó y DASALUD EN LIQUIDACIÓN

conjunta, únicamente le solicitó a dicha entidad, el reconocimiento y pago de las cesantías parciales acumuladas, porque el Fondo Nacional de Ahorro al que estaba afiliado aún no lo había hecho. **No reclamó la sanción moratoria.**

El 30 de diciembre de 2011 a través de la Resolución 0972, con base en la Ley 244 de 1995, su empleadora le **reconoció las cesantías parciales de los años 2006 a 2011 con los intereses corrientes sin la sanción moratoria.** Y el 4 de enero de 2012 interpuso recurso de reposición en contra de esa resolución, para que se le reconociera la sanción por mora prevista en la Ley 1071 de 2006. Ante la ausencia de respuesta instauró la demanda contra el acto ficto.

Pues bien, en cuanto al reconocimiento de este auxilio lo primero que se debe advertir es que, como se trataba de una petición de cesantías parciales, en efecto el demandante debía presentarla ante su empleador que es DASALUD EN LIQUIDACIÓN, que a su vez tenía la obligación de verificar el cumplimiento de los requisitos legales para dar trámite a dicha solicitud, de conformidad con lo estipulado por la Ley 1071 de 2006, según quedó expuesto en acápite anterior.

Exigencias que no son otras que la manifestación expresa de que dicho auxilio se solicitaba para destinarlo a lo relacionado con compra, adquisición, mejora de vivienda o para adelantar estudios y con el soporte documental respectivo.

Sin embargo, la entidad empleadora procedió a emitir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales solicitadas al igual que de sus intereses con base en una solicitud incompleta, pues por parte del petente no fueron satisfechos esos requisitos legales.

Ante tales omisiones es posible predicar que en este asunto en particular se está ante la presencia de una petición de cesantías anualizadas, de manera que al estar el demandante afiliado al Fondo Nacional de Ahorro, su situación se rige por la Ley 432 de 1998, y con ello es forzoso concluir que no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria solicitada.



Radicación: 27001 23 33 000 2013 00266 01 (5025- 2014)
Demandante: Alirio Rengifo Mosquera
Demandado: Departamento del Chocó y DASALUD EN LIQUIDACIÓN

Lo anterior, porque de conformidad con inciso 2 del artículo 6 de dicha ley, cuando el empleador no consigna las porciones de cesantías anualizadas en tiempo oportuno ante dicho fondo, tal tardanza implica el surgimiento del derecho a favor del mismo de cobrar al empleador los intereses moratorios mensuales, equivalentes al doble del interés bancario corriente certificado por la Superintendencia sobre las sumas respectivas para todo el tiempo de la mora, según quedó expuesto en apartado precedente.

En conclusión, el reconocimiento y pago de las cesantías parciales en favor del demandante ante la falta de indicación clara y precisa en cuanto a su destinación para vivienda o estudio y la carencia de soporte documental que avalara tal petición, implica que esa solicitud se debe entender como de reconocimiento y pago de cesantías anualizadas ante el hecho innegable de que se le adeudaban, y que el hecho de estar afiliado al Fondo Nacional de Ahorro comporta que no es beneficiario de la sanción moratoria pretendida; motivos por los cuales la decisión del tribunal deberá ser confirmada por las razones anteriormente expuestas.

Finalmente, de acuerdo con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP se condenará en costas a la parte demandante, toda vez que resultó vencida en juicio en ambas instancias.

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,



Radicación: 27001 23 33 000 2013 00266 01 (5025- 2014)
Demandante: Alirio Rengifo Mosquera
Demandado: Departamento del Chocó y DASALUD EN LIQUIDACIÓN

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia de 20 de octubre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo Oral del Chocó en la que se denegaron las pretensiones de la demanda dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió el señor Alirio Rengifo Mosquera, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDA: CONDÉNASE en costas en la instancia al señor Alirio Rengifo Mosquera.

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.


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ