



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 27001 23 33 000 2013 00283-01 (3124-14)

Actor: Carmen Mercedes Córdoba Córdoba

Demandado: Departamento del Chocó

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida en la audiencia inicial celebrada el 13 de mayo de 2014 por el Tribunal Administrativo del Chocó, por medio de la cual denegó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

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, la señora Carmen Mercedes Córdoba Córdoba, actuando por conducto de apoderado, formuló demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en orden a que se declare la nulidad del oficio sin número expedido por la asesora jurídica del departamento del Chocó, mediante el cual denegó su petición.

Como consecuencia de la anterior declaración solicitó reconocer y pagar a su favor la sanción moratoria consagrada en la Ley 244 de 1995, equivalente a un día de salario desde el 16 de febrero de 2009, hasta cuando se verifique el pago de la prestación, liquidado con base en el último salario devengado; dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo; reconocer los intereses moratorios, de conformidad con lo previsto en el artículo 177 *ibidem* y conceder a su favor las costas, agencias en derecho y el interés del 2% mensual sobre los saldos insolutos de las cesantías debidas.

1.1.2. Hechos

De los hechos narrados como fundamento de las pretensiones, se realiza la siguiente síntesis:

Desde el 9 de diciembre de 1997 presta sus servicios a la Gobernación del

Chocó y a la fecha de interposición de la demanda continúa en ejercicio de su empleo.

En reiteradas ocasiones solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías y de la sanción por su inoportuna consignación, por los períodos de 2008 a 2011; sin embargo, no recibió respuesta alguna.

El 8 de marzo de 2013, radicó oficio mediante el cual reiteró las solicitudes anteriores, en especial, requirió el pago de las cesantías causadas desde 2009 hasta 2012 con la sanción por la mora en su pago y obtuvo respuesta negativa por parte de la asesora jurídica.

El departamento del Chocó expidió los siguientes actos administrativos mediante los cuales ordenó el pago de las cesantías de los servidores públicos y de la Gobernación: (i) Resolución 1854 de 17 de diciembre de 2012, con destino al Fondo Nacional de Ahorro, por el pago de la prestación del año 2009; (ii) Resolución 0052 de 25 de enero de 2013, por la cual ordenó el pago de las cesantías del año 2010; (iii) Resolución 0053 de la misma fecha que la anterior, en la que ordenó el pago de las cesantías del año 2011; (iv) actos administrativos 1301, 1300, 1299, 1298, 1297, 1296, 1293, 1295 y 1309, del 20 de septiembre de 2012, por los cuales concedió las cesantías de cada uno de los meses de enero a septiembre de 2012, respectivamente; (v) Resolución 1484 del 19 de octubre de 2012, que reconoció la prestación por el mes de octubre de ese año; (vi) Resolución 1691 del 21 de noviembre de 2012, por la cual ordenó el pago de las cesantías de noviembre de 2012; y (vii) Resolución 1902 del 26 de diciembre de 2012, por la cual ordenó el pago de tal prestación para el mes de diciembre.

A pesar de lo anterior, la administración no pagó el auxilio de cesantías dentro

del plazo establecido en la Ley 1071 de 2006, que modificó la Ley 244 de 1995, pues, en realidad, fue pagado así: (i) las de 2009 y 2010, en el mes de febrero de 2013; (ii) las de 2011 y 2012, aún no han sido canceladas; por tal razón, la administración continúa en mora.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales, se señalaron los artículos 17 de la Ley 6 de 1945; 1 de la Ley 65 de 1946; 6 del Decreto 1160 de 1947; 27 del Decreto 3118 de 1968; 3 de la Ley 41 de 1975; 99 de la Ley 50 de 1990; los Decretos 2567 de 1946 y 1045 de 1968; y las Leyes 344 de 1996 y 1071 de 2006.

Al desarrollar el concepto de violación, adujo que el marco legal del reconocimiento de las cesantías está dado en las Leyes 6 de 1945, 65 de 1946, 50 de 1990, 344 de 1996 y en los Decretos 1160 de 1947, 3118, 3138 y 1045 de 1968, en virtud de los cuales las cesantías se liquidan con corte a 31 de diciembre de cada año, el empleador debe reconocer un interés legal equivalente al 12% anual o por proporción al tiempo de liquidación de la prestación y el valor así liquidado se debe consignar antes del 15 de febrero en el fondo al que el trabajador esté afiliado.

En caso de que ese plazo sea incumplido, el empleador debe reconocer a favor del trabajador, a título de sanción, una indemnización equivalente a un día de salario por cada día de retraso; tal situación se presentó con sus cesantías, las que no se consignaron oportunamente y por esa razón se debe conceder a sui favor la sanción por la tardanza en que incurrió la administración.

1.2. Contestación de la demanda

El Departamento del Chocó, por conducto de su apoderada¹, contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda comoquiera que la accionante solicitó la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995; sin embargo, aún se encuentra activa en el servicio; además, la administración de las cesantías de esta la ejerce un fondo público y no uno privado, de manera que no tiene derecho a la indemnización pretendida.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Chocó, mediante sentencia proferida dentro de la audiencia inicial celebrada el 13 de mayo de 2014², denegó las pretensiones de la demanda, pues consideró que no hay prueba de que la señora Córdoba hubiera solicitado ante su empleador el pago de sus cesantías parciales, a efecto de que se haya configurado la mora de que trata la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.

Adicionalmente, señaló que en lo que respecta a la consignación de las cesantías anuales, como la demandante está afiliada al Fondo Nacional de Ahorro, ante el incumplimiento de tal obligación, lo que procede es que este ejerza las acciones de cobro previstas en el artículo 7 de la Ley 432 de 1998, reglamentado por el artículo 34 del Decreto 1453 de 1998 y no es viable el reconocimiento de la sanción por mora reclamada.

1.4. El recurso de apelación

¹ Folios 181 a 183.

² Folios 291 a 305.

La accionante, actuando por conducto de apoderado, interpuso recurso de apelación³, que sustentó en que la sanción moratoria que se reclama tiene fundamento legal en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, según el cual las cesantías se deben consignar, a más tardar, el 15 de febrero del año siguiente a aquel en el que se causaron, de manera que en su caso, como se comprobó el pago tardío de esta prestación, es viable el reconocimiento de la sanción pretendida.

Indicó que cuando existe un acto administrativo que reconozca parcial o definitivamente las cesantías, el pago se debe realizar dentro del término fijado por la Ley 1071 de 2006, so pena de causarse la sanción por mora establecida en esa disposición, la cual es exigible de manera automática, por disposición de la ley.

Agregó que aunque las cesantías fueron pagadas, esta obligación se cumplió en forma extemporánea y de ahí surge el derecho a la indemnización, máxime cuando la administración no puede argumentar razones de insolvencia para desconocer y/o cercenar derechos laborales, como lo ha señalado reiteradamente el Consejo de Estado.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

1.5.1. La demandante

La señora Carmen Mercedes Córdoba Córdoba, actuando por intermedio de su apoderado⁴, presentó alegatos de conclusión y en su escrito reiteró los argumentos dados en el recurso de alzada.

³ Folios 308 a 318.

⁴ Folios 373 a 378.

1.5.2. La demandada

El departamento del Chocó guardó silencio durante esta etapa procesal⁵.

1.6. El Ministerio Público

El agente del Ministerio Público no rindió concepto⁶.

La Sala decide, previas las siguientes

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

Se circunscribe a establecer (i) si la señora Carmen Mercedes Córdoba Córdoba tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por la omisión en el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías causadas en los años 2008 a 2011, en el Fondo Nacional de Ahorro al que se encuentra afiliada.

2.2. Marco normativo

La Ley 6 de 1945 «por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo», en el artículo 12, literal f), estableció, a favor de los trabajadores oficiales, el derecho al auxilio de cesantías a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio y, proporcionalmente, por fracciones de año, y el artículo 17, literal a), *ibidem*, consagró que ese auxilio se

⁵ Folio 380.

⁶ Folio 380.

reconocería con destino a todos los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

El Decreto 1160 de 1947 «sobre auxilio de cesantías», en su artículo 6, señaló que para liquidar las cesantías se toma como base el último sueldo o jornal, salvo que hubiera sufrido modificaciones en los 3 últimos meses, caso en el cual se toma el promedio de lo devengado en los últimos 12 meses o en todo el tiempo servido, si fuere menor a ese lapso.

Ahora bien, el Decreto 3118 de 1968 creó el Fondo Nacional de Ahorro, y dentro de los objetivos para la administración de sus recursos, fijó los siguientes: «pagar oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales»⁷, y «proteger dicho auxilio contra depreciación monetaria»⁸; con tales finalidades, el artículo 3 *ibidem* determinó que las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado debían ser liquidadas y entregadas al Fondo; asimismo, en su artículo 22 ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social realizar, con corte a 31 de diciembre de 1968, la liquidación de cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales afiliados a ella.

Con lo previsto en los artículos 27, 28 y 33 *ibidem* empezó el llamado «desmonte del régimen de retroactividad de cesantías», pues se dispuso la liquidación anual de esta prestación para los empleados y trabajadores de las entidades aludidas previamente, y la liquidación definitiva por la porción de

⁷ Artículo 2 literal a) del Decreto 3118 de 1968.

⁸ Artículo 2 literal b) del Decreto 3118 de 1968.

tiempo laborada durante el año del retiro, así como el reconocimiento de intereses anuales del 9%, a ser liquidados el 31 de diciembre de cada año, sobre el saldo que figure a favor de cada empleado.

El Decreto 432 de 1998 «por el cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones», mantuvo el objetivo de administrar, de manera eficiente, las cesantías⁹, y, dentro de sus funciones, las de recaudo y pago de ese auxilio a los afiliados, al igual que la protección contra la pérdida de su valor adquisitivo¹⁰. Además, en los artículos 11 y 12 *ibidem*, fijó a favor de sus afiliados un monto por concepto de intereses, con el propósito de evitar la pérdida del poder adquisitivo del auxilio de cesantías depositado, y un porcentaje a título de intereses sobre las cesantías.

En el evento en que el empleador no consigne, dentro del término de ley, las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, el artículo 6º *ibidem* estableció lo siguiente:

Artículo 6º¹¹.- *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.

⁹ Artículo 2 del Decreto 432 de 1998.

¹⁰ Artículo 3, literales a), b) y c) del Decreto 432 de 1998.

¹¹ La norma en cita fue modificada por el artículo 193 del Decreto 019 de 2012; no obstante, tal disposición es posterior a los años en que se causaron a favor del demandante las cesantías que fueron consignadas tardíamente, por lo que no procede su aplicación.

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. (Se resalta).

En todo caso, se debe señalar que la Ley 344 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», dio un paso adicional encaminado a ampliar la cobertura del sistema de liquidación anual del auxilio de cesantías para la generalidad de los servidores públicos, al consagrar, en su artículo 13, lo siguiente:

Artículo 13.- Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

- a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;
- b) **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 dispuesto en el literal a) del presente artículo;** (negrilla de la Sala).

La norma vigente a la fecha de expedición de la previamente citada, que estableció el régimen anual de cesantías, era la Ley 50 de 1990, en cuyo artículo 99 consagró:

Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1. 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.
2. 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.
3. 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.
4. 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.

Finalmente, es necesario indicar que el Decreto 1582 de 1998 reglamentó los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, y precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus artículos 99, 102 y 104, y para liquidar las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, la Ley 432 de 1998, en sus artículos 5 y siguientes. Así lo determinó:

Artículo 1º.- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; **y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.** (Se resalta).

No obstante, para aquellos empleados que venían con una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1996, cuando entró a regir la citada Ley 344 de 1996, se

les continuaría respetando el régimen de liquidación del auxilio de cesantías consagrado en normas anteriores¹².

2.3. Hechos probados

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

2.3.1. Respecto a la relación laboral de la demandante

El 9 de diciembre de 1997¹³, se produjo la vinculación de la demandante al departamento del Chocó, en el cargo de profesional universitario, código 219, grado 13, respecto del cual ostenta derechos de carrera administrativa, según lo certificó la profesional universitaria del grupo de talento humano de la secretaría general.

2.3.2. En torno a las reclamaciones de cesantías y sanción moratoria

El 13 de febrero de 2012¹⁴, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías causadas entre 2009 y 2011, en el Fondo Nacional de Ahorro al que se encuentra afiliada.

El 22 de febrero de 2012¹⁵, el secretario de hacienda del Chocó le informó a la demandante que el ente territorial está realizando las gestiones necesarias

¹² Es decir, el sistema de liquidación retroactiva, consagrado en Ley 6 de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

¹³ Folio 188.

¹⁴ Folio 12.

¹⁵ Folio 18.

para realizar los aportes de cesantías de vigencias anteriores, con destino al Fondo Nacional de Ahorro.

El 17 de mayo de 2012¹⁶, el tesorero pagador del departamento del Chocó informó que el 18 de febrero de 2009 fue transferido al Fondo Nacional de Ahorro el valor correspondiente a las cesantías causadas en el año 2008, y quedó pendiente el pago de tal prestación por los años 2009 a 2012.

El 8 de marzo de 2013¹⁷, la señora Carmen Mercedes Córdoba Córdoba elevó solicitud ante el gobernador del departamento del Chocó con el objeto de reclamar la sanción moratoria ocasionada por el retraso injustificado en el pago de las cesantías causadas en los años 2008 a 2011.

El 6 de mayo de 2013¹⁸, la asesora jurídica del departamento del Chocó resolvió la solicitud anterior, negando la reclamación de la accionante con base en los siguientes argumentos:

Si bien es cierto, dicha indemnización debe cancelarse cuando se configura mora en la consignación al fondo de los dineros correspondientes a las cesantías a que tiene derecho el trabajador, la jurisprudencia también ha determinado que tal sanción no opera de pleno derecho, sino que la misma debe ser declarada judicialmente para ser exigible ante el presunto obligado pues el ente territorial no puede realizar reconocimiento y pago directo de la misma.

(...)

Así las cosas, no puede el empleador hacer reconocimiento y pago directo de esta sanción hasta tanto no medie pronunciamiento de autoridad judicial o administrativa (en caso de conciliación), dentro del cual se determine o pruebe la negligencia del administrador en el caso concreto; de realizar el pago directo estaría incurriendo el mismo en detrimento patrimonial al destinar de unos

¹⁶ Folio 16.

¹⁷ Folio 13.

¹⁸ Folios 14 y 15.

recursos para el pago de dineros a favor de la peticionaria sin el debido soporte legal.

2.3.3. En torno a los actos de reconocimiento y pago de cesantías

El 20 de septiembre de 2012¹⁹, la secretaria de gestión administrativa y del talento humano del departamento del Chocó expidió las Resoluciones 1301, 1300, 1299, 1298, 1297, 1296, 1293, 1295 y 1309 mediante las cuales ordenó pagar al Fondo Nacional de Ahorro el valor por concepto de la doceava de cesantías de los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 2012, respectivamente, causadas a favor de sus servidores²⁰.

El 19 de octubre de 2012²¹, la secretaria de gestión administrativa y del talento humano del departamento del Chocó expidió la Resolución 1484, por medio de la cual ordenó pagar al Fondo Nacional de Ahorro el valor por concepto de la doceava de cesantías del mes de octubre de 2012, causadas a favor de sus servidores.

El 21 de noviembre de 2012²², la secretaria de gestión administrativa y del talento humano del departamento del Chocó expidió la Resolución 1691, según la cual ordenó pagar al Fondo Nacional de Ahorro el valor por concepto de la doceava de cesantías de noviembre de 2012, causadas a favor de sus servidores.

¹⁹ Folio 141, 143, 145, 147, 149, 151, 153 y 155.

²⁰ Se precisa que el acto en forma general, tan solo orden transferir una suma al Fondo Nacional de Ahorro y no indica pormenorizadamente el valor destinado a la cuenta individual de cada uno de los servidores.

²¹ Folio 159.

²² Folio 161.

El 17 de diciembre de 2012²³, el gobernador del departamento del Chocó expidió la Resolución 1854, por la cual ordenó el pago ante el Fondo Nacional de Ahorro, de las cesantías causadas a favor de sus servidores, correspondientes a los meses de mayo a diciembre de 2009.

El 26 de diciembre de 2012²⁴, el gobernador del departamento del Chocó expidió la Resolución 1912, por la cual ordenó el pago ante el Fondo Nacional de Ahorro, de la doceava de cesantías del mes de diciembre de 2012, causada a favor de sus servidores.

El 25 de enero de 2013²⁵, el gobernador del departamento del Chocó expidió la Resolución 0052, por la cual ordenó el pago ante el Fondo Nacional de Ahorro, de las cesantías causadas a favor de sus servidores, correspondientes a la vigencia de 2011, que fueron reconocidas mediante Resoluciones 267, 266, 1270, 1311, 1604, 1605, 1606, 1607, 1608, 1609 y 1661 de 2011.

El 25 de enero de 2013²⁶, el gobernador del departamento del Chocó expidió la Resolución 0053, por la cual ordenó el pago ante el Fondo Nacional de Ahorro, de las cesantías causadas a favor de sus servidores, correspondientes a la vigencia de 2010, que fueron reconocidas mediante Resoluciones 552, 553, 780, 1060, 1548, 1546, 1636, 1810 y 1869 de 2010, y 263, 264 y 265 de 2011.

²³ Folios 48 y 49.

²⁴ Folios 163.

²⁵ Folios 22 y 23.

²⁶ Folios 66 y 67.

La consolidación de cesantías en la cuenta individual de la demandante se produjo en las siguientes fechas y por los siguientes valores, según la consulta de movimientos cuenta individual del Fondo Nacional de Ahorro²⁷:

- 25/10/2011	\$2.652.469
- 26/10/2011	\$3.090.000
- 16/04/2013	\$2.798.355
- 06/05/2013	\$2.952.264

2.3.4. Otras pruebas

El 22 de octubre de 2010²⁸, el coordinador del grupo de cargue de reportes de la División de Afiliados y Entidades del Fondo Nacional de Ahorro absolvió una petición formulada por el gobernador del departamento del Chocó, en torno a la consolidación de cesantías ante ese fondo y la transferencia de recursos para el efecto. En forma precisa señaló:

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.

La función de administrar cesantías que le compete al Fondo Nacional de Ahorro no le otorga el carácter de Sociedad Administradora de Fondos de Cesantías, en los términos y para los efectos de las Leyes 50 de 1990 y 100 de 1993 y el Decreto 1063 de 1991.

Con la consignación de los aportes mensuales de cesantías, las entidades públicas empleadoras deberán emitir al Fondo Nacional de Ahorro un listado individualizado de las personas y valores a cuyo favor deben imputarse las sumas consignadas y un listado de los funcionarios retirados durante el mes objeto de reporte y el artículo 6º de la Ley 432 de 1998 en su inciso tercero establece que dichas entidades mensualmente enviarán al Fondo Nacional de

²⁷ Se precisa que en ella no consta su fecha de expedición (folios 164 a 168).

²⁸ Folios 202 a 204.

Ahorro una certificación que contenga el valor total de los factores salariales que constituyan base para liquidar cesantías devengadas en el mes inmediatamente anterior por sus servidores públicos afiliados.

Anualmente las entidades públicas empleadoras deberán remitir al Fondo Nacional de Ahorro un reporte consolidado de cesantías, individualizando el valor correspondiente a cada uno de sus trabajadores afiliados, con el propósito de adelantar el ajuste de los aportes con lo efectivamente consignado. Dicho reporte deberá entregarse al Fondo, antes del 15 de febrero del año siguiente a la causación de las cesantías.

(...)

Por lo anteriormente expuesto, el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, no puede realizar el cálculo de Cesantías, si no tiene como base los reportes mensuales de las mismas...

2.4. Caso concreto

La controversia se circunscribe a establecer si la administración desatendió el término para consignar las cesantías a la demandante, y si procede el reconocimiento de la sanción por tal tardanza. Para determinar lo anterior, es necesario manifestar que la jurisprudencia de esta Corporación ha distinguido tres regímenes para la liquidación de las cesantías, así: (i) el de liquidación con retroactividad; (ii) el de liquidación anual; y (iii) el de los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro. En torno a estos últimos ha sostenido²⁹:

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

Fondo Nacional del Ahorro:

- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998,

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 22 de julio de 2014, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (E), radicación número: 66001-23-33-000-2012-00127-01(3764-13).

las entidades públicas empleadoras deberán transferir mensualmente al Fondo Nacional del Ahorro, por concepto de aportes una doceava parte de los factores de salario que sean base para liquidar las cesantías, recibidos en el mes inmediatamente anterior, devengados por los servidores públicos afiliados. Dichos aportes se toma como una provisión de orden legal para el pago de las cesantías de sus servidores.

➤ Para que se conviertan en cesantías deben haberse causado, lo que ocurre a 31 de diciembre de cada año, o a la terminación de la relación laboral, fecha para la cual el Fondo procede a trasladar a las cuentas individuales de cada uno de los empleados públicos afiliados, los dineros aportados y reportados por estos conceptos por parte de las entidades públicas, y a reconocer y abonar en las cuentas los intereses sobre las cesantías y la protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda que las mismas hayan generado.

➤ El incumplimiento de la consignación mensual de los aportes correspondientes a las doceavas partes de los factores de salario, genera intereses moratorios mensuales equivalentes al doble del interés bancario corriente.

➤ La sanción pecuniaria por mora es a favor del Fondo Nacional del Ahorro.

(...)

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

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

Al respecto, considera la Sala que dicho argumento no se compadece con la realidad teniendo en cuenta las circunstancias que rodean cada uno de los regímenes señalados, esto es, el anualizado de los fondos privados consagrado en la Ley 50 de 1990, y el del Fondo Nacional del Ahorro contenido en la Ley 432 de 1998, como se explicó en consideraciones precedentes.

Adicionalmente, no existe ninguna violación al derecho a la igualdad como lo afirma la recurrente, y que constituye la tesis del recurso, teniendo en cuenta que dicha vulneración se presenta cuando a diversas personas que se encuentren en situaciones similares se les otorga un trato diferente o discriminatorio, hipótesis que no se presentan en el *sub-lite*.

En el expediente está demostrado que la demandante es beneficiaria del régimen de liquidación de cesantías previsto en la Ley 432 de 1998, esto es, el que rige para los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, comoquiera que ese es el fondo que administra esa prestación de la señora Córdoba Córdoba.

Bajo el anterior argumento, es forzoso concluir que no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada el numeral 3, del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable por remisión expresa del artículo 13 de la Ley 344 de 1996, pues en caso de tardanza en la consignación de las cesantías para quienes están afiliados al Fondo Nacional del Ahorro el legislador previó que lo que surge es el derecho a favor del fondo, de cobrar al empleador los intereses moratorios de que trata el inciso 2.º del artículo 6.º de la Ley 432 de 1998.

Valga señalar que la previsión relativa al reconocimiento de los intereses moratorios aludidos fue objeto de estudio de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional³⁰, en relación con la sanción moratoria establecida para el régimen anualizado, a la luz del derecho a la igualdad y al respecto, concluyó:

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.

³⁰ Sentencia C-625 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

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.** (Resalta la Sala).

Las consideraciones anteriores son suficientes para concluir que la demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria pretendida, pues está afiliada al Fondo Nacional de Ahorro y, por ende, no le son aplicables las normas previstas para el régimen de liquidación anual de cesantías, razón por la cual se deberá confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto negó las pretensiones de la demanda, pero por las razones expresadas en esta providencia.

3. De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016³¹, respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso. Valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Asimismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que 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 estas, que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Conforme a las anteriores reglas, y atendiendo lo dispuesto en el numeral 8

³¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

del artículo 365 del Código General del Proceso³², la Sala se abstendrá de condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante, a quien le fueron resueltas desfavorables las pretensiones de la demanda y del recurso de alzada, comoquiera que no hubo ninguna gestión por parte de la entidad demandada en esta instancia.

4. Conclusión

Con los anteriores argumentos se concluye que la señora Carmen Mercedes Córdoba Córdoba no tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías anuales, por ende, su pretensión se debe resolver desfavorable.

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

FALLA

Confirmar la sentencia proferida en la audiencia inicial celebrada el 13 de mayo de 2014 por el Tribunal Administrativo del Chocó, en el proceso promovido por Carmen Mercedes Córdoba Córdoba contra el departamento del Chocó que denegó las pretensiones de la demanda, pero por las razones expresadas en las consideraciones que anteceden. Sin condena en costas de segunda instancia.

Devolver el expediente al Tribunal de origen

³² «8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.»

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
HERNÁNDEZ**

GABRIEL VALBUENA

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

DDG