



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

CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., primero (1) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 27001 23 33 000 2013 00292-01 (0370-15)

Actor: Rafael Rosero Martínez

Demandado: Departamento del Chocó - Dasalud

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 10 de octubre 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, el señor Rafael Rosero Martínez, formuló demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en orden a que se declare la nulidad del acto ficto que surgió como consecuencia del silencio en que incurrió Dasalud – Chocó al no resolver la petición formulada el 3 de noviembre de 2009, orientada a obtener el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías causadas a su favor entre 2006 y 2009.

Como consecuencia de la anterior declaración solicitó (i) reconocer y pagar a su favor la sanción prevista en la Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998 y la Ley 1071 de 2006, que remiten a la Ley 50 de 1990, por la inoportuna consignación de las cesantías anuales causadas por los años 2006 a 2009, comoquiera que no fueron consignadas en el Fondo Nacional de Ahorro al que se encuentra afiliado; (ii) liquidar la condena en moneda de curso legal en Colombia; y (iii) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 189, 192, 193 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

1.1.2. Hechos

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

Presta sus servicios en el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó, en el cargo de auxiliar de salud familiar y comunitario del programa ETV, desde el 5 de febrero de 2004 y para la fecha de presentación de la demanda, aún continúa en el cargo.

Elevó petición ante la entidad demandada, en procura de obtener el pago de sus cesantías, comoquiera que no ha cumplido con el deber legal de consignarlas en forma oportuna; sin embargo, Dasalud no las canceló ni realizó las transferencias correspondientes al Fondo Nacional de Ahorro al cual se encuentra afiliado para que le administre esa prestación.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales, se señalaron los artículos 53 de la Constitución Política; 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990; 13 de la Ley 344 de 1996; 83, 138, 189, 192, 193 y 195 de la Ley 1437 de 2012; 302, 303 y 307 de la Ley 1564 de 2012; 1 del Decreto 2712 de 1999; 1, literal a), 2, literales a) y b), 3, 28 y 37 del Decreto 3118 de 1968; Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Al desarrollar el concepto de violación, adujo que la sanción moratoria que se reclamó a la administración, a través de la petición que dio origen al acto ficto negativo, se causó ante la extemporaneidad de la entidad en consignar sus cesantías en el Fondo Nacional de Ahorro, de manera que pese a no haber obtenido respuesta a la petición, se agotó el procedimiento necesario para acudir ante la jurisdicción.

Señaló que de conformidad con las normas que se invocan como vulneradas, el empleador debe consignar las cesantías en la cuenta individual del

trabajador antes del 15 de febrero del año siguiente a aquél en que se causaron, so pena de incurrir en mora y generar la indemnización equivalente a un día de salario por cada día de retraso, a favor del trabajador; siendo así, como Dasalud no consignó dentro del plazo señalado las cesantías correspondientes a 2005¹, 2006, 2007, 2008 y 2009, está en la obligación de pagar la sanción que la ley le impone.

1.2. Contestación de la demanda

El Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó, actuando por intermedio de apoderada, contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda², pues señaló que los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro están amparados por figuras que son aplicables exclusivamente a ellos, y ante el incumplimiento de la consignación de esa prestación, lo que procede es la reclamación de intereses de mora por parte de ese fondo y no de la indemnización moratoria pretendida en la demanda.

Propuso la excepción de «no pretender en la *litis* el objeto principal», la cual hizo consistir en que la parte actora se limitó a reclamar la sanción por la inoportuna consignación de las cesantías, pero no exigió el pago de la prestación a pesar de que debería ser ese el objeto principal de la controversia. Asimismo, planteó la excepción de no agotamiento de los recursos en la actuación administrativa, lo que implica que no se acató uno de los requisitos fundamentales para iniciar la estructura del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

¹ La Sala precisa que aunque en la demanda no se reclamó la mora por la consignación de las cesantías del año 2005, en el concepto de violación (folio 5) sí se alude a ese año y por esta razón se hace tal referencia en este acápite.

² Folios 68 a 73.

Finalmente, indicó que la entidad está en liquidación y que se designó a la Fiduciaria La Previsora S.A. como agente interventor, de manera que no puede cumplir oportunamente sus obligaciones.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Chocó, mediante sentencia de 10 de octubre de 2014³, denegó las pretensiones de la demanda, pues consideró que el demandante no probó haber radicado ante la administración la solicitud orientada al pago de sus cesantías en el Fondo Nacional de Ahorro, de manera que al no haber efectuado solicitud en tal sentido, no se puede originar la sanción que se reclama en la demanda.

Agregó que la ausencia de recursos de la entidad no se puede convertir en un hecho que impida el cumplimiento de sus obligaciones prestacionales; por tal motivo, y pese a que denegó las pretensiones de la demanda, ordenó a la administración adelantar las gestiones necesarias para disponer el pago de las cesantías causadas a favor del demandante entre 2006 y 2009.

1.4. El recurso de apelación

El demandante, actuando por conducto de apoderada, interpuso recurso de apelación⁴, que sustentó en que el acto acusado se debió anular porque quebranta el ordenamiento constitucional y legal, toda vez que la administración omitió cumplir la obligación de consignar sus cesantías antes

³ Folios 145 a 155.

⁴ Folios 156 a 159.

del 15 de febrero del año siguiente a aquél en que se causaron, omisión que se ha prolongado desde 2006 hasta 2011, según consta en su extracto de cesantías.

Agregó que el hecho de estar afiliado al Fondo Nacional de Ahorro y de que este tenga una normatividad especial para la administración de las cesantías, no quiere decir que no haya habido incumplimiento de la obligación patronal y por ende, se genera el deber de reconocer la sanción que la ley estipula ante tal incumplimiento.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta etapa procesal.

1.6. El Ministerio Público

El agente del Ministerio Público no rindió concepto⁵.

La Sala decide, previas las siguientes

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

Se circunscribe a establecer si el señor Rafael Rosero Martínez tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por la omisión en la consignación de sus cesantías anuales entre 2006 y 2009 en el Fondo Nacional de Ahorro

⁵ Folio 201.

al que se encuentra afiliado.

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 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»⁶, y «proteger dicho auxilio contra depreciación monetaria»⁷; 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,

⁶ Artículo 2 literal a) del Decreto 3118 de 1968.

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

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 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 cesantías⁸, 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 adquisitivo⁹. 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*

⁸ Artículo 2 del Decreto 432 de 1998.

⁹ Artículo 3, literales a), b) y c) del Decreto 432 de 1998.

estableció lo siguiente:

Artículo 6^o10.- *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. (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:

¹⁰ 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.

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 anteriores¹¹.

2.3. Hechos probados

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

El 3 de noviembre de 2009¹², el demandante solicitó ante el gerente interventor de Dasalud – Chocó, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria correspondiente a los años 2005 a 2008.

El 15 de octubre de 2011¹³, el jefe de división de talento humano del Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó certificó

¹¹ 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.

¹² Folios 31 a 34.

¹³ Folio 36.

que el actor labora en el cargo de auxiliar de salud familiar y comunitaria desde el 5 de febrero de 2004¹⁴ y para la fecha de expedición de la certificación aún continuaba prestando ese servicio.

El 30 de octubre de 2013¹⁵, el agente liquidador de Dasalud en liquidación certificó que mediante Decreto Departamental 099 del 3 de mayo de ese año¹⁶ se ordenó la liquidación de esa entidad y que en la actualidad se encuentra en proceso liquidatorio.

El 22 de julio de 2014¹⁷, el jefe de la División de Afiliados y Entidades del Fondo Nacional de Ahorro indicó que el demandante está afiliado a ese fondo y que el empleador reportó cesantías a su nombre durante las vigencias fiscales de 2004 y 2005; además, manifestó lo siguiente a efecto de precisar el régimen al que están sometidos quienes se encuentran afiliados en él:

Los dineros que mensualmente consignan en el Fondo Nacional de Ahorro las entidades públicas registradas para la administración y pago de las cesantías de sus funcionarios afiliados, en las fechas establecidas por el Decreto 1406 de 1999, modificado por el Decreto 1670 de 2007, para efectuar los aportes al sistema general de pensiones y de seguridad social en salud, no son cesantías, sino aportes de doceavas de los factores salariales que toman como base para su liquidación, como una provisión de orden legal para el pago de las cesantías de sus servidores públicos afiliados y 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 según el caso y haber remitido debidamente diligenciados los reportes o listados mensuales individualizados, las certificaciones de los factores salariales que constituyen base para liquidar cesantías y los respectivos reportes anuales consolidados, los cuales deben enviar las entidades empleadoras antes del 15 de febrero del año siguiente al de la causación de las cesantías, para proceder a trasladar a las cuentas individuales de cada uno de sus funcionarios afiliados como cesantías, los

¹⁴ Tal hecho también se demostró con la resolución de nombramiento y el acta de posesión 034 que obran en folios 37 y 38.

¹⁵ Folios 55 y 56.

¹⁶ Cuya copia obra en folios 82 a 94.

¹⁷ Folios 135 a 137.

dineros aportados y reportados por ese concepto y a reconocer y abonar en cuentas, los intereses sobre las cesantías y la protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda que las mismas hayan generado.

En consecuencia, **no existe una fecha exacta de consignación de cesantías en el FNA**, sino de aportes de doceavas para cubrir las cesantías de los afiliados del sector público, dineros que solo se convierten en cesantías, cuando se legalizan los respectivos reportes anuales consolidados y se trasladan los dineros consignados como aportes a las cuentas individuales de los afiliados, reconociendo el FNA los intereses y la protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda que las cesantías han generado, valores que son los que figuran en los extractos de cuenta individual, los cuales remitimos para su conocimiento y fines pertinentes.

2.4. Caso concreto

La controversia se circunscribe a establecer si la administración desatendió el término para consignar las cesantías al 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 sostenido¹⁸:

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,

¹⁸ 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 el demandante es beneficiario 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 del señor Rosero Martínez.

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 Constitucional¹⁹, 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.

¹⁹ 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 el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria pretendida, pues está afiliado al Fondo Nacional de Ahorro y, por ende, no les 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 2016²⁰, 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; y 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

²⁰ 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 Proceso²¹, 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 el señor Rosero Martínez no tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías, 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 el 10 de octubre de 2014 por el Tribunal Administrativo del Chocó, en el proceso promovido por Rafael Rosero Martínez contra el Departamento Administrativo de Seguridad Social y Salud 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.

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

Devolver el expediente al Tribunal de origen

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