



9
CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

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

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Expediente: 66001-23-33-000-2013-00202-01 (3941-2014)

Demandante: **Fernando Valencia Cano**

Demandado: Departamento de Risaralda

Tema: Sanción moratoria por pago tardío de las cesantías anualizadas; servidor territorial afiliado a fondo privado

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de 11 de junio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que negó las pretensiones de la demanda del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 Medio de control (ff. 13 a 20). El señor Fernando Valencia Cano, por conducto de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra el departamento de Risaralda, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.1.1 Pretensiones. El actor pide (i) la anulación de los actos fictos derivados de la falta de respuesta del gobernador de Risaralda a la petición formulada el 11 de octubre de 2010 y los recursos de reposición y en subsidio de apelación interpuestos contra el anterior, el 23 de noviembre de 2011 (radicado 27068R), orientados a obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de sus cesantías «retroactivas», en el respectivo fondo administrador; y (ii) como consecuencia de lo anterior, se ordene:



- a) Pagar la sanción moratoria (prevista en la Ley 50 de 1990) por la consignación tardía de las cesantías en el fondo al que se encontraba afiliado, de los años «2005 a 2013», a partir del 14 de febrero de 2005, equivalente a 2.799 días.
- b) Que los valores objeto de condena se actualicen de acuerdo con el índice de precios al consumidor (IPC).

1.1.2 Fundamentos fácticos (ff. 13 a 16). Relata el accionante que (i) presta sus servicios en el departamento de Risaralda y está afiliado al fondo de pensiones y cesantías Horizonte; (ii) con ocasión de la homologación y nivelación de los cargos administrativos de la secretaría de educación y cultura contenido en los Decretos 1242 y 1438 de 2002 y 258 de 2005, se ordenó la reliquidación retroactiva de salarios, prestaciones, cesantías e intereses a las cesantías; no obstante, la demandada «[...] omitió consignar al respectivo fondo de cesantías, el valor que se generó por cesantías a raíz del incremento efectuado como resultado [de la aludida homologación]» por los años 2005 a 2013 y los subsiguientes; y (iii) solicitó desde el 11 de octubre de 2010, el pago de la sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, frente a lo cual la administración departamental guardó silencio, pese a haber interpuesto el 23 de noviembre de 2011 recurso de reposición y en subsidio de apelación.

1.1.3 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. El concepto de violación reside, en síntesis, en que el departamento de Risaralda, a pesar de contar con los recursos transferidos por el Ministerio de Educación Nacional, omitió consignar las cesantías originadas en la homologación y nivelación de los cargos administrativos de la secretaría de educación y cultura de los años «2005 a 2013» (2.799 días) y por ello causó en su favor la sanción moratoria (por la no consignación oportuna de las cesantías) conforme al numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en armonía con el «artículo 6 de la Ley 432 de 1998».



1.2 Contestación de la demanda (ff. 50 a 59). Mediante apoderada¹, el departamento de Risaralda se opone a las pretensiones de la demanda y propone las excepciones de «pago de lo presuntamente adeudado» y prescripción. Aduce que con el Decreto 258 de 2005 se homologaron y nivelaron los cargos administrativos de la secretaría de educación y cultura con los del nivel central, con recursos del sistema general de participaciones, dado el concepto 1607 de 9 de diciembre de 2004 del Consejo de Estado, que viabilizó dicha incorporación en igualdad de condiciones en cuanto a requisitos, funciones y responsabilidades para su desempeño.

Entre los precitados funcionarios se encuentra el demandante, quien ingresó al servicio el 7 de diciembre de 1999, desempeñándose como celador en propiedad, por lo que de conformidad con la Resolución 724 de 22 de junio de 2007, a través de orden de pago de 23 de julio de 2007 se le trasladó la suma de \$1.328.232 al «fondo de Pensiones Horizonte».

Arguye que la sanción moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 aplica solo para la mora en las consignaciones de pagos anualizados y no «para el pago de reajuste a las cesantías producto de procesos de homologación y nivelación».

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Risaralda, en sentencia de 11 de junio de 2014 (ff. 138 a 143), negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas al actor, al considerar que su régimen de administración de cesantías no es el regulado por la Ley 50 de 1990 sino el de la Ley 432 de 1998, que no contempla la sanción moratoria, de aplicación restrictiva por su condición sancionatoria. Que el demandado anualmente ha efectuado el pago de las cesantías al actor y los excedentes a su favor, que en forma retroactiva le

¹ Poder otorgado por el gobernador de Risaralda (f. 95).



fueron canceladas, no tuvieron origen en el incumplimiento de la obligación sino en el excepcional proceso de homologación y nivelación que se adelantó para el restablecimiento salarial y prestacional de los empleados beneficiados.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el actor interpuso recurso de apelación (ff. 150 a 153) en el que arguye, de manera primordial, que se da un trato diferente al funcionario que tiene las cesantías en un fondo privado respecto del que ha decidido que estas sean depositadas en el Fondo Nacional del Ahorro y si bien existen tres sistemas de liquidación de cesantías, la sanción moratoria contenida en la Ley 50 de 1990 no hace exclusiones, de suerte que los recursos debieron consignarse oportunamente en el año 2005, por lo que se incurrió en la mora reclamada.

IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto por el actor fue concedido por auto de 21 de julio de 2014, ante esta Corporación (f. 155), que se admitió por medio de proveído de 20 de octubre del mismo año (f. 165); y, después, en providencia de 19 de febrero de 2015, se dispuso correr traslado simultáneo a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión y conceptuara, en su orden (f. 174), término en el que guardaron silencio.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 150 del CPACA esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia

5.2 Problema jurídico. Corresponde a la Sala determinar si, en los términos del recurso de apelación, se configuran los presupuestos para el



reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías del accionante, correspondientes a los años «2005 a 2013», conforme al numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1999.

5.3 Marco normativo. En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

Las cesantías son una prestación social a favor del trabajador que debe pagar el empleador como contraprestación por las actividades que realiza, con la finalidad de que las utilice para satisfacer sus necesidades en el evento en que cese su vinculación laboral.

La letra f) del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945² estipula que el monto de esta prerrogativa es equivalente a un mes de salario por cada año de servicios o proporcionalmente al lapso laborado. Además, la mencionada norma dispone que solo hay lugar a pagarla una vez culmine la relación laboral, por lo que esta forma de reconocimiento recibió el nombre de régimen de cesantías retroactivo.

El artículo 1.º de la Ley 65 de 1946³ extendió dicha garantía a los trabajadores del orden territorial, entre otros, en los siguientes términos:

Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.

Parágrafo.- Extiéndese este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias y comisarías y municipios [...].

² «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo».

³ «Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras».



La norma en cita la reprodujo el Decreto 1160 de 1947 con la aclaración de que el monto de la prestación era equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente al tiempo laborado, si era inferior a ese lapso:

Con la expedición del Decreto 3118 de 1968 se creó el Fondo Nacional del Ahorro (FNA) como un establecimiento público adscrito al entonces Ministerio de Desarrollo Económico, constituido por las cesantías de los trabajadores oficiales y empleados públicos, cuyo objeto, entre otros, era garantizar el pago oportuno del aludido derecho laboral. En esta norma se individualizaron las entidades públicas que debían realizar la liquidación anual del emolumento:

Artículo 27. Liquidaciones anuales. Cada año calendario contado a partir del 1º de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados.

La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.

No obstante, el citado precepto no era aplicable a los servidores públicos del orden territorial, quienes se encontraban sujetos al régimen de cesantías dispuesto en las Leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946, esto es, al retroactivo.

Posteriormente, la Ley 50 de 1990 cambió el régimen de cesantías en el sector privado al anualizado, cuyas características fueron determinadas en su artículo 99, así:

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 [...].

Luego, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996⁴ extendió el régimen de cesantías fijado en la Ley 50 de 1990 a los servidores públicos vinculados con posterioridad a su entrada en vigor, esto es, 31 de diciembre de 1996, en los siguientes términos:

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 efectuar 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 [...].

Por otro lado, la Ley 432 de 1998⁵, que transformó el FNA en empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional⁶, permitió, entre otros, que los servidores del nivel territorial se afiliaran con el fin de administrar sus cesantías, protegerlas contra la pérdida de valor adquisitivo y reconocer los intereses a que hubiera lugar; en este sentido reguló el artículo 5, lo siguiente:

A partir de la vigencia de la presente Ley deben afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.

⁴ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones».

⁵ «Por la cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones».

⁶ Vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico (hoy Ministerio de Comercio, Industria y Comercio).



No se aplica lo anterior al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989.

Podrán afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos que se afilien voluntariamente al Fondo Nacional de Ahorro solo podrán trasladarse a una sociedad administradora de fondos de cesantías, transcurridos tres años desde la afiliación, siempre que no tengan obligación hipotecaria vigente con el Fondo Nacional de Ahorro.

Parágrafo.- En los casos en que los servidores públicos tengan régimen de retroactividad en las cesantías, el mayor valor será responsabilidad de la entidad empleadora.

Esta normativa (Ley 432 de 1998) también dispuso que las cesantías de los afiliados fueran liquidadas y consignadas conforme a las disposiciones vigentes y, en este sentido, previó que son fuente de recursos del FNA y que las entidades públicas empleadoras debían «[...] transferir mensualmente⁷ una doceava parte de los factores de salario que base para liquidarlas, devengados en el mes inmediatamente anterior por los servidores públicos afiliados».

Asimismo, el artículo 13 de la Ley 432 de 1998⁸ contempló que la responsabilidad del Fondo Nacional del Ahorro en el pago de cesantías a los afiliados, se limitaría al monto de los aportes efectivamente consignados y abonados a sus cuentas individuales con sus respectivos intereses.

Después, el Decreto 1582 de 1998⁹ amplió el régimen de cesantías de que trata la Ley 50 de 1990 (anualizado) a los servidores públicos del orden territorial, cuando dispuso:

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

⁷ En la fecha establecida para efectuar las consignaciones de los aportes a los sistemas general de pensiones y de seguridad social en salud, esto es, según los artículos 19 a 24 del Decreto 1406 de 1999

⁸ «Artículo 13º.- Responsabilidad del Fondo Nacional de Ahorro. La responsabilidad del Fondo Nacional de Ahorro 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 el porcentaje de que trata el artículo 11.

Igualmente, responderá por ahorro voluntarios a que se refiere el literal h) del artículo 4 de la presente Ley, en conformidad con la reglamentación que se expida para el efecto».

⁹ «Por el cual se reglamenta 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 en esta materia».



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.

Y el artículo 3¹⁰ del precitado Decreto 1582 de 1998 previó que los servidores públicos beneficiarios del régimen retroactivo de cesantías que hayan ingresado a un ente territorial antes de la expedición de la Ley 334 de 1996, podían trasladarse al anualizado previa solicitud, liquidación total de la prestación y entrega del emolumento a la administradora que eligieran.

Acorde con lo anterior, el Decreto 19 de 2012¹¹, en su artículo 193¹², modificó el artículo 6 de la Ley 432 de 1998, en el entendido que los empleadores públicos ya no debían transferir mensualmente las doceavas partes de los factores del salario base para liquidar las cesantías, sino una «[...] certificación que contenga el valor total de los factores salariales que constituyan base para liquidar cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior» y durante el mes de febrero de cada año el valor liquidado por este concepto, cuyo incumplimiento de los funcionarios

¹⁰ «En el caso de servidores públicos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad, que decidan acogerse al régimen de cesantía de dicha ley, se procederá de la siguiente forma:

- a) La entidad pública realizará la liquidación definitiva de las cesantías a la fecha de la solicitud de traslado;
- b) La entidad pública entregará el valor de la liquidación a la administradora seleccionada por el trabajador;
- c) En lugar de entregar dicha suma de dinero, las entidades territoriales podrán emitir a favor de cada uno de los servidores públicos que se acojan a este régimen, un título de deuda pública por el valor de la liquidación de las cesantías, con las características que se señalan más adelante, previo el cumplimiento de los trámites legales necesarios para su expedición».

¹¹ «Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública».

¹² «**Transferencia de cesantías.** Durante el transcurso del mes de febrero las entidades empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional del Ahorro el valor liquidado por concepto de cesantías, teniéndose en cuenta los dos últimos números de NIT para fijar fechas de pago.

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 las faltas disciplinarias de conformidad con el régimen disciplinario vigente.

En todas las entidades públicas será obligatorio incluir en sus presupuestos las partidas necesarias para atender las cesantías de la respectiva vigencia, como requisito indispensable para su presentación, trámite y aprobación por parte de la autoridad correspondiente.

Parágrafo. Las fechas estipuladas en este artículo para el cumplimiento de la obligación de transferencia no serán aplicables a las entidades públicas empleadoras del orden departamental y municipal, el régimen establecido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en lo relacionado con las fechas de transferencia de cesantías, y demás normas que la reglamenten, modifiquen o sustituyan».



competentes, sin justa causa, los hará incurrir en las faltas disciplinarias, de conformidad con el régimen disciplinario vigente.

No obstante, en su parágrafo (artículo 6 de la Ley 432 de 1998, modificado por el 193 del Decreto 19 de 2012), preceptuó que las fechas allí establecidas no son aplicables a las entidades públicas del orden departamental y municipal, así como tampoco el régimen establecido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y demás normas que lo reglamenten, modifiquen o sustituyan.

Visto lo anterior, colige la Sala que coexisten tres regímenes de liquidación de cesantías para el sector público, a saber: (i) el de liquidación retroactiva; (ii) el de liquidación anualizada y (iii) el de los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro.

En este sentido, las cesantías retroactivas son dables para quienes se vincularon a la administración pública hasta el 30 de diciembre de 1996 y las anualizadas creadas por la Ley 50 de 1990, inicialmente para el sector privado, que la Ley 344 de 1996 extendió a los servidores públicos vinculados a los órganos y entidades del Estado después de su entrada en vigor (31 de diciembre de 1996). Por su parte, la Ley 432 de 1998 permitió (a partir del 29 de enero de 1998) que se afiliaran al FNA los servidores públicos de la rama ejecutiva del orden nacional y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios¹³.

De igual manera, el Decreto 1582 de 1998 concedió la posibilidad de acogerse u optar por el régimen anualizado de cesantías a aquellos servidores vinculados antes de la Ley 344 de 1996 y beneficiarios del régimen de retroactivo, previa solicitud, liquidación total de la prestación y entrega de esos emolumentos al fondo de su elección, como procedimiento necesario para el citado cambio de régimen.

¹³ Con excepción del personal uniformado de las fuerzas militares y de la Policía Nacional y los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag), creado por la Ley 91.



Así las cosas, concurren tres clases de afiliados al Fondo Nacional del Ahorro (i) los servidores públicos de la rama ejecutiva, que son miembros forzosos; (ii) los servidores públicos que no son de la rama ejecutiva, pero que voluntariamente quieren pertenecer al Fondo; y (iii) los del sector privado que a *motu proprio* también deseen afiliarse, bajo la restricción de no poder hacer retiros parciales de sus cesantías para educación superior, como sí lo podrían en los fondos privados de cesantías¹⁴.

Ahora bien, la Corte Constitucional, en sentencia C-233 de 1998¹⁵, respecto de la facultad del legislador para fijar las prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales, precisó que se pueden «[...] establecer distintos regímenes de cesantías específicamente en lo atinente a su forma de liquidación y que no por ello se desconoce el principio de igualdad, siempre que las distinciones que introduzca sean justificadas».

De igual modo, en sentencia C-625 de 1998¹⁶, emanada del aludido tribunal constitucional, se examinó la exequibilidad de algunos preceptos de la Ley 432 de 1998, en lo que atañe al cargo de violación del derecho a la igualdad, y concluyó: (i) el Fondo Nacional del Ahorro no comporta una sociedad administradora de cesantías ni un establecimiento de crédito de vivienda¹⁷ ni una entidad financiera¹⁸; (ii) la sanción por incumplimiento en la consignación oportuna de las cesantías del afiliado en el FNA (incisos segundos de los artículos 6 y 9), respecto de la sanción moratoria que opera

¹⁴ Ver sentencia C-625 de 1998, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁵ Con ponencia del entonces magistrado José Gregorio Hernández Galindo, que decidió sobre la constitucionalidad de artículos 21 del Decreto 1045 de 1978 y 27 del Decreto 3118 de 1968, en armonía con lo decidido en la sentencia C-598 de 20 de noviembre de 1997, en lo que concierne al primero de estos, por los cargos relativos a violación de los artículos 13 y 53 de la Constitución.

¹⁶ M. P. Alfredo Beltrán Sierra, que declaró exequibles los apartes demandados de los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11 y 12 de la Ley 432 de 1998 y se declaró inhibida en relación con el inciso segundo y literales a), b) y c) del artículo 7o. de la misma norma.

¹⁷ Es «[...] un establecimiento del orden nacional, de naturaleza especial, con régimen propio, que fue transformado de establecimiento público a empresa industrial y comercial del Estado, y cuyo propósito está directamente relacionado con los fines del Estado, especialmente, con lo dispuesto en los artículos 51, 67 y 68 de la Constitución, sobre los derechos de todos los colombianos a tener una vivienda digna y acceder a la educación»

¹⁸ En el entendido que «[...] no se rige por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y tiene una regulación legal propia».



para los fondos privados, son diferentes comoquiera que se fundamentan en regímenes legales distintos¹⁹; y (iii) en lo que concierne a la protección contra la pérdida del valor adquisitivo y los intereses a las cesantías, de que son beneficiarios los afiliados al FNA (artículos 11 y 12 de la Ley 432 de 1998), frente a la protección que ofrecen los fondos privados, estimó justificadas sus diferencias «en la medida en que se relacionan con los objetivos del Fondo Nacional del Ahorro», habida cuenta que «[...] las entidades estatales empleadoras, le deben consignar mensualmente, las doceavas partes que corresponden a las cesantías de sus trabajadores, lo que no ocurre con los fondos privados. En consecuencia, el pago de los intereses está a cargo del Fondo y no de los empleadores. Es decir, las normas demandadas resultan exequibles, pues consagran las diferencias anotadas, y establecen el equilibrio».

Sobre las diferencias en la regulación legal del sistema de liquidación de cesantías existente entre el Fondo Nacional del Ahorro y los fondos privados, la jurisprudencia de esta Corporación²⁰ ha estimado que es razonable, en consideración a la naturaleza y los objetivos de la primera y los beneficios económicos que ofrece a sus afiliados como el acceso a créditos de vivienda (nueva y usada) y educación en condiciones

¹⁹ «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».

²⁰ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, sentencia de 5 de diciembre de 2013, M. P. Gerardo Arenas Monsalve, radicado 08001-23-31-000-2011-01269-01 (0229-2013).



favorables, el pago de intereses a las cesantías²¹, el no cobro de cuotas de administración ni gastos por el retiro, y la compensación en el posible rendimiento financiero que podrían obtener de los privados.

En ese orden de ideas, resulta claro que existen diferencias entre los sistemas de liquidación y manejo de cesantías de los servidores públicos del nivel territorial, entre los inscritos en los fondos privados administradores, creados por la Ley 50 de 1990, y los afiliados al FNA, tal como lo ha aceptado la sección segunda de esta Corporación²².

A guisa de corolario, la sanción moratoria es un beneficio indemnizatorio que se consagró para quienes se vinculen a los fondos privados, ya que el citado Decreto 1582 excluyó la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 para los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro, por lo que no es dable su reconocimiento bajo este régimen de cesantías²³.

5.4 Caso concreto. A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

a) Certificación de 4 de agosto de 2005, del director administrativo y de cobertura de la secretaría de educación y cultura del departamento de Risaralda, en la que consta que el actor presta sus servicios en propiedad en

²¹ En los fondos privados de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, el pago de intereses al trabajador es por parte del empleador, y en el Fondo Nacional del Ahorro, que se rige por la Ley 432 de 1998, el pago de intereses al empleado le corresponde a este mismo.

²² Ver de la sección segunda del Consejo de Estado las siguientes sentencias: (i) 27 de abril de 2017, subsección B, expediente 66001-23-33-000-2013-00442-01 (1389-2015); (ii) 20 de octubre de 2014, subsección A, radicado 66001-23-31-000-2012-00114-01 (2863-13); (iii) 22 de julio de 2014, subsección B, radicado 66001-23-33-000-2012-00127 01 (3764 - 2013); y (iii) 5 de diciembre de 2013, subsección A, radicado 08001-23-31-000-2011-01269-01(0229-2013).

²³ A esa conclusión llegó esta subsección de la sección segunda, en fallo de 27 de abril de 2017, C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho 66001-23-33-000-2013-00442-01 (1389-2015) de Luis Eduardo González Vergas contra el departamento de Risaralda.



esa entidad territorial como «celador del Instituto Santuario», desde el 23 de diciembre de 1999 (f. 61).

b) La Compañía BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías certifica que el accionante se encuentra afiliado a dicho fondo privado (sin especificar a partir de qué fecha), con un saldo al 5 de abril de 2010 de \$3.272.477 y los movimientos de la cuenta desde el 26 de marzo de 2001 hasta el 2 de diciembre de 2010 (f. 8).

c) Decreto 1242 de 8 de septiembre de 2002, «por medio del cual se homologa[n] y se nivela[n] salarialmente los cargos administrativos de la [s]ecretaría de [e]ducación y [c]ultura del [d]epartamento [de Risaralda] pagados con [r]ecursos del [s]istema [g]eneral de [p]articipaciones (S.G.P.)», entre los que se encuentra el demandante. Dicho acto administrativo dispuso (ff. 6 a 10 del cuaderno 2):

[...]

Que la homologación y nivelación salarial aquí ordenada se hará con la estricta conservación de los derechos adquiridos y su reconocimiento, liquidación y pago de la diferencia salarial y demás emolumentos devengados, causados desde la fecha de vinculación a la planta departamental se hará previa existencia de la disponibilidad presupuestal respectiva.

Que en mérito de lo expuesto;

DECRETA

ARTÍCULO PRIMERO: HOMOLOGAR Y NIVELAR SALARIALMENTE los siguientes cargos administrativos de la Secretaría Departamental de Educación y Cultura pagados con recursos del Sistema General de Participaciones con los símiles de la Planta de Cargos del Nivel Central del Departamento de Risaralda, ocupados por los funcionarios que a continuación se relacionan, cuyas peticiones se hicieron a través de apoderado:

C[édula]	Nombre y apellidos	Categor[í]a	Nom_cargo	sueldo	Cargo	Código-Grado	Sueldo	Diferencia	Enero a Agosto
0.057.636	VALENCIA CANO FERNANDO	615-03	CELADOR	313.643	Auxiliar Serv. Generales	605-01	453.807	140.164	1.121.312

d) Decreto 258 de 2 de marzo de 2005, «por medio del cual se homologa[n] y se nivela[n] salarialmente los cargos administrativos de la [s]ecretaría de



[e]ducación y [c]ultura del [d]epartamento de Risaralda pagados con recursos del sistema general de participaciones», entre los que se encuentra el actor. Este acto administrativo dijo (ff. 32 a 90 del cuaderno principal y 11 a 17 del cuaderno 2):

[...]

Que la homologación y nivelación salarial aquí ordenada se hará con la estricta observación de los derechos adquiridos, además el reconocimiento, liquidación y pago de la diferencia salarial y demás emolumentos, se llevará a cabo de acuerdo al cotejo año a año entre las asignaciones civiles de la planta central del departamento y las de la planta de funcionarios administrativos pagados con recursos del sistema general de participaciones, esto es para los años 1996 a 2001, 2003 y 2004 con imputación a la disponibilidad presupuestal que se expida para el efecto.

Que en mérito de lo expuesto;

DECRETA

ARTÍCULO PRIMERO: HOMOLOGAR Y NOVELAR SALARIALMENTE los siguientes cargos administrativos de la Secretaría Departamental de Educación y Cultura pagados con recursos del Sistema General de Participaciones con los símiles de la Planta de cargos del nivel central del Departamento de Risaralda, ocupados por los funcionarios que a continuación se relacionan, cuyas peticiones se hicieron a través de apoderados de la siguiente manera:

CÉDULA	NOMBRE FUNCIONARIO	CARGO S.G.P.	COD- GRADO	CARGO DEPTO	COD GRADO	Valor
10.057.636	VALENCIA CANO FERNANDO	CELADOR	615-03	CELADOR	615-01	14.473.266

e) Resolución 724 de 22 de junio de 2007, «por la cual se reconoce y se autoriza el traslado de recursos por concepto de cesantías causadas durante las vigencias 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004, por concepto de [h]omologación y [n]ivelación salarial del personal administrativo pagado con recursos del Sistema General de Participaciones afiliado a [f]ondos [privados]», así (f. 60):



Cédula	Nombre	Valor Cesantías	FONDO
10.057.636	VALENCIA CANO FERNANDO	1.188.294	HORIZONTE

f) Escritos del actor radicados el 11 de octubre de 2010 y 23 de noviembre de 2011 (recursos de reposición y apelación contra el acto ficto originado del silencio de la administración a la petición anterior), en los que solicita del gobernador de Risaralda el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna del auxilio de las cesantías de los años «2005, fecha en la cual el Ministerio de Educación Nacional reconoció la deuda al Departamento de Risaralda, y de los años 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 y [...] subsiguientes, hasta que se verifique el pago total de la obligación» en el fondo al que se encontraba afiliado (ff. 2 a 5).

g) Oficio 23211 de 29 de enero de 2014, suscrito por la analista de servicio de la regional Antioquia de Porvenir SA sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías, en el que se reportan las «cesantías que tiene en su cuenta» el actor (ff. 125 y 126):

DESCRIPCIÓN	FECHAOPER	891480085	Total general
APORTE EMPLEADOS CES	2001-03-26	689062	689062
	2002-02-15	754141	754141
	2003-02-14	1163982	1163982
	2004-02-13	844622	844622
	2005-02-15	835945	835945
	2006-02-01	1152903	1152903
	2007-02-09	2610992	2610992
	2007-08-22	1188294	1188294
	2008-02-11	1424090	1424090
	2009-02-13	1468366	1468366
	2010-02-12	1579831	1579831
	2011-02-09	1890505	1890505
Total APORTES EMPLEADOR CES		15602833	15602833
Total general		\$15.602.833	\$15.602.833

h) Oficio 23211 de 12 de febrero de 2014 de la analista de servicio de la regional Antioquia de Porvenir SA sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías, en el que se reportan los movimientos de la cuenta del actor (ff. 24 y 25):



Expediente 66001-23-33-000-2013-00202-01 (3941-2014)
Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho
de Fernando Valencia Cano contra el departamento de
Risaralda

KIMDES	FECHAOPER	IMPNOCOMMON
APORTE EMPLEADOR CES	2005-02-15	\$ 835.945
APORTE EMPLEADOR CES	2001-03-26	\$6889.062
APORTE EMPLEADOR CES	2002-02-15	\$754.241
UNIF CESANTIA DEPEND	2005-08-01	-\$882.488
COMISION RETIRO PARC	2002-05-21	\$-22.500
IMPUESTO 4X1000	2002-05-21	-\$4.433
RETIRO PARCIAL CESAN	2002-05-21	-\$1.477.500
APORTE EMPLEADOR CES	2003-02-14	\$1.163.982
COMISION RETIRO PARC	2003-05-19	-\$18.000
IMPUESTO 4X1000	2003-05-19	-\$3.546
RETIRO PARCIAL CESAN	2003-05-19	-\$1.182000
APORTE EMPLEADOR CES	2004-02-13	\$844.622
COMISION RETIRO PARC	2004-07-12	-\$13.500
IMPUESTO 4X1000	2004-07-12	-\$3.546
RETIRO PARCIAL CESAN	2004-07-12	-\$886.500
APORTE EMPLEADOR CES	2005-02-15	\$835-945
APORTE EMPLEADOR CES	2006-02-01	\$1.152.903
COMISION RETIRO PARC	2007-03-09	\$31.604
IMPUESTO 4X1000	2007-03-09	\$8.301
RETIRO PARCIAL CESAN	2007-03-09	-\$2.075.297
APORTE EMPLEADOR CES	2007-02-09	1.305.496
APORTE EMPLEADOR CES	2007-02-09	\$1.305.496
CARGO APOORTE EMPLEAD	2007-04-03	-\$1.305.496
APORTE EMPLEADOR CES	2007-08-22	\$1.188.294
APORTE EMPLEADOR CES	2008-02-11	\$1.424.090
COMISION RETIRO PARC	2008-10-23	\$-60.934
IMPUESTO 4X1000	2008-10-23	-\$15.941
RETIRO PARCIAL VIVE	2008-10-23	-\$3.985.363
APORTE EMPLEADOR CES	2009-02-13	\$1.468.366
APORTE EMPLEADOR CES	2010-02-12	\$1.579.831
ABONO POR DISTRIBUCI	2010-08-31	\$1.603.618
CARGO POR DISTRIBUCI	2010-08-31	-\$1.603.674
COMISION RETIRO PARC	2010-09-02	-\$27.189
IMPUESTO 4X1000	2010-09-02	-\$13.486
RETIRO PARCIAL CESAN	2010-09-02	-\$3.371.425
APORTE EMPLEADOR CES	2011-02-09	\$1.890.505
RENDIMIENTOS APORTES	2011-02-09	\$274
ABONO APOORTE POR PER	2011-02-09	\$1.890.779



CARGO APORTE EMPLEAD	2011-02-09	-\$1.890.779
ABONO POR DISTRIBUCI	2011-08-29	\$1.923.568
CARGO POR DISTRIBUCI	2011-08-29	-\$1.923.568
ABONO POR DISTRIBUCI	2010-08-31	\$56
IMPUESTO 4X1000	2012-03-29	\$2.670
RETIRO CESANTIAS AFI	2012-03-29	\$667.461
IMPUESTO 4X1000	2012-03-30	-\$1.753
RETIRO CESANTIAS AFI	2012-03-30	-\$438.247
IMPUESTO 4X1000	2012-04-02	-\$3.742
RETIRO CESANTIAS AFI	2012-04-02	-\$936.255
IMPUESTO 4X1000	2012-04-03	-\$88
RETIRO TOTAL CESANT	2012-04-03	-\$22.046

Examinadas las pruebas, se concluye que (i) el actor labora en la secretaría de educación y cultura del departamento de Risaralda desde el 23 de diciembre de 1999 (celador, código 615, grado 3, en propiedad); (ii) se encuentra afiliado a la compañía BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías, es decir, a un fondo privado de cesantías; (iii) mediante Decreto departamental 258 de 2 de marzo de 2005 su cargo se homologó y niveló al de celador, código 615, grado 3, lo que generó diferencias a su favor, por concepto de salarios, prestaciones y cesantías por valor de \$14.473.266 (vigencias 1996 a 2001, 2003 y 2004²⁴); y (iv) a través de la Resolución 724 de 22 de junio de 2007, se reconoció y autorizó el traslado de las cesantías causadas en las vigencias relacionadas en el numeral anterior, al fondo privado Horizonte, por valor de \$1.188.294.

Por otra parte, el empleador le ha consignado al demandante en el fondo privado de cesantías, entre los años 2001 y 2011, un total de \$15.602.833, en las siguientes fechas y valores:

²⁴ En la misma Resolución 258 de 2 de marzo de 2005, se indica que «[...] no se procederá a homologar ni nivelar la vigencia correspondiente al año 2002, toda vez que la diferencia salarial generada en dicho año, ya fue cancelada en la misma vigencia fiscal, con recursos del Sistema General de Participaciones, de conformidad con los decretos 1242 del 3 de septiembre de 2002 y 1438 del 22 de diciembre de 2002, proferidos por el Gobierno Departamental».



FECHA OPERACIÓN	MONTO
26-03-2001	\$689.062
15-02-2002	\$754.241
14-02-2003	\$1.163.982
13-02-2004	\$844.622
15-02-2005	\$835.945
02-01-2006	\$1.152.903
02-09-2007	\$1.305.496
04-03-2007	\$1.305.496
22-08-2007	\$1.188.294
02-11-2008	\$1.424.090
13-02-2009	\$1.468.366
02-12-2010	\$1.579.831
02-09-2011	\$1.890.505
Total	\$15.602.833

Visto lo anterior, en el asunto *sub examine* la Sala precisa que no se trata de un servidor público territorial afiliado al Fondo Nacional del Ahorro, como se consideró en la sentencia proferida por el *a quo*²⁵, dado que centró su marco normativo en los artículos 1, parágrafo, del Decreto 1582 de 1998 y 6 de la Ley 432 de 1998, pese a citar apartes del fallo proferido en el expediente «08001-23-31-000-2008-00394-01 (1521-09)» de esta Corporación, de cuya lectura completa, se verifica²⁶ que, no obstante la confusión que allí se presentó por la norma aplicable, este se decidió con base en el régimen de cesantías anualizadas y la sanción moratoria por la consignación extemporánea de las mismas en un fondo privado.

Lo anterior comoquiera que en la sentencia objeto del presente recurso de apelación, el Tribunal Administrativo de Risaralda advirtió «[...] que el régimen de administración de cesantías en el que estaba incurso el demandante es el regulado por la Ley 432 de 1998 y no el consagrado en la Ley 50 de

²⁵ Observa la Sala que así lo refirió el actor al citar la Ley 432 de 1998 como fundamento de la demanda y en el recurso de apelación, como también la demandada en algunos de los apartes de su contestación.

²⁶ Sentencia de 5 de agosto de 2010, proferida por la subsección B de la sección segunda, con ponencia del entonces consejero de Estado Víctor Hernando Alvarado Ardila, en el expediente 080012331000200800394 01 (1521-2009), acción de nulidad de Aminta Elena Galvis Baldovino contra el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla-contraloría distrital de Barranquilla.



1990, lo que se traduce en la imposibilidad de aplicar la sanción contemplada en el artículo 90 de la última Ley, toda vez que existe norma especial aplicable a su situación, además de la aplicación restrictiva del que goza la norma por su carácter sancionatorio».

No obstante, destaca la Sala que al finalizar el fallo, el Tribunal Administrativo de Risaralda concluye que «[...] las cesantías de cada año se consignaban en el fondo elegido por el demandante, es claro que como consecuencia del proceso de homologación y nivelación salarial de que fue objeto el señor Fernando Valencia Cano, éste tuviera derecho a sumas superiores a las ya reconocidas por el departamento de Risaralda, como es el caso del retroactivo de cesantías que se depreca en el presente proceso. No obstante [...] conforme el material probatorio allegado al expediente y analizados los pronunciamientos de las partes, no hay lugar a declarar una sanción moratoria por el no pago del excedente en cesantías, debido a que las mismas, se reitera, fueron pagadas por parte del ente territorial demandado, con retroactividad al proceso de homologación y nivelación, que no con la mora que la parte actora alega con fundamento en la sanción pretendida».

Cabe mencionar que tampoco es procedente aplicar lo decidido en las sentencias²⁷ que cita la demandada en su contestación, comoquiera que allí se niegan las pretensiones en casos de sanción moratoria por consignación tardía de las cesantías, pero de empleados territoriales afiliados al Fondo Nacional del Ahorro, lo que dista de la situación jurídica objeto de este fallo.

Contrario a lo anterior, la presente controversia atañe a la de un empleado público de una entidad territorial que ingresó a laborar el 23 de diciembre de 1999 y se afilió a un fondo privado, por lo que su régimen de liquidación de cesantías es el anualizado de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 99,

²⁷ Sentencias del Tribunal Administrativo de Risaralda de 25 de abril de 2013 en el expediente 66001-23-31-003-2012-00114-01, demandante: Amparo Pradilla Giraldo; y de 18 de julio de 2013, expediente 66001-23-33-000-2012-00127-00, actora: Eva Edilma Cortés Téllez, que fueron confirmadas por la subsección A de la sección segunda del Consejo de Estado en fallos de 20 de octubre de 2014 y 22 de julio del mismo año, respectivamente.



102 y 104 de Ley 50 de 1990, 13 de la Ley 344 de 1996 y 1 del Decreto 1582 de 1998, por lo que, en principio, válidamente podía reclamar la sanción moratoria por la consignación tardía o extemporánea de las cesantías.

Se itera que como características de este régimen además de contemplar que a 31 de diciembre de cada año el empleador debe hacer una liquidación definitiva de las cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, se deben consignar antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija; asimismo, el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 previó como sanción moratoria un día de salario por cada día de retardo, en el evento en que el empleador no consigne oportunamente la cesantía por la anualidad o fracción correspondiente, esto es, antes del 15 de febrero del año siguiente.

Ahora bien, para que el empleado público tenga derecho a que se le reconozca la sanción moratoria de que trata el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1999, esto es, un día de salario por cada día de retardo, debe probar que la consignación de sus cesantías no se hizo o que fue extemporánea.

En el *sub lite*, el incremento de la base para la liquidación de las cesantías del actor causada de manera retroactiva para las vigencias 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004, obedeció a la homologación y nivelación salarial dispuestas por los Decretos 1242 de 8 de septiembre de 2002 y 258 de 2 de marzo de 2005, trámites que arrojaron a su favor la suma de \$1.188.294, que le fue consignada en la cuenta del fondo privado de su elección (BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir SA) el **22 de agosto de 2007**, habida cuenta su origen excepcional, que, se repite, fue la homologación y nivelación adelantada a empleos administrativos de la secretaría de educación y cultura por el departamento de Risaralda, con cargo a los recursos del sistema general de participaciones.



Al respecto, la demandada se justifica en que «[...] la asignación de recursos obedeció a un proceso extraordinario y por fuera de la asignación corriente de cada vigencia fiscal, pues al tratarse de un caso especial, como era el de buscar las equivalencias de los funcionarios del sector educativo con los de la administración, se generaba un sobre costo que las entidades no podían asumir, ya que las transferencias se encontraban con destinación específica [...] un proceso dispendioso, complejo y dilatado, toda vez que estuvo sometido a acciones de reliquidación que conllevaron a que las liquidaciones tuvieran fallas por defecto o exceso, que se fueron dilucidando a través de las reclamaciones efectuadas por los funcionarios»; además de señalar que la «[...] la mora en las consignaciones de pagos anualizados no [aplica] para el pago de reajuste a las cesantías producto de procesos de Homologación y Nivelación».

Por su parte, el actor en el recurso de apelación aduce que «[...] se encuentra demostrado en el plenario que el Departamento de Risaralda le fueron girados los recursos oportunamente y que dicha consignación vino a hacer (sic) únicamente en el año 2008 (sic), cuando debía realizarse en el año 2005 momento en el cual fueron dispuestos los recursos [...] configurándose de esta forma el incumplimiento [...] de más de 1.0000 días [...] basta mirar el extracto de cesantías correspondiente donde consta que al (sic) consignación de dichos aportes únicamente se realizó el 18 de septiembre de 2008 en el rubro traslado de vigencias anteriores». Se observan discordancias en las fechas y años, lo que pudo obedecer a un error mecanográfico al momento de redactar el escrito.

En este contexto, estima la Sala que no es procedente acceder a las pretensiones del actor de reconocerle la sanción moratoria por la consignación extemporánea de sus cesantías, de manera automática e inflexible, ya que se debe examinar la conducta del empleador (público o privado) con el fin de



descalificar o no su proceder por negligencia, descuido, mala fe²⁸ o demora injustificada al momento de realizar los trámites tendientes a la satisfacción de las obligaciones a su cargo²⁹.

Para la Sala, la administración departamental no se sustrajo caprichosamente de su deber, en el entendido que con la incorporación (sin homologación ni nivelación) a la planta central del departamento de Risaralda los funcionarios administrativos de la oficina de escalafón, el Fondo Educativo Regional (FER), Centro Experimental Piloto, el centro auxiliar de servicio docente y los administrativos de las instituciones educativas nacionales y nacionalizadas, que tuvo lugar con la implementación de la Ley 60 de 1993 y la certificación de esa entidad territorial por parte del Ministerio de Educación Nacional, se generó desigualdad entre los funcionarios pagados con los recursos departamentales y los que quedaron a cargo del sistema general de participaciones (antes situado fiscal), tal como se menciona en los Decretos departamentales 1242 de 3 de septiembre de 2002 y 258 de 2 de marzo de 2005, y, por ello, se realizó el trámite de homologación y nivelación salarial de los cargos administrativos de la secretaría de educación y cultura.

Ante tal inequidad, el Ministerio de Educación Nacional, que lideró dichas diligencias asumió los costos que ello ocasionaría, por lo que junto con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en el Conpes 89 de 20 de diciembre de 2004, asignaron recursos por \$6.658.959.241,00, destinados a financiar las diferencias salariales ocasionadas desde la incorporación de estos funcionarios (vigencias 1996 a 2004), los que fueron girados al departamento de Risaralda para cubrir tal contingencia.

En estas condiciones, concluye la Sala que la demandada actuó de buena fe, pues como empleadora cumplió el trámite de homologación y nivelación

²⁸ La mala fe no se presume, se prueba. En este sentido ver la sentencia de 21 de septiembre de 2010, radicado 32416, de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia.

²⁹ En este sentido se pueden consultar las sentencias de la Corte Suprema de Justicia (sala laboral) de 30 de junio de 1994 (radicado 6666), 15 de julio de 1994 (radicado 6658), 13 de abril de 2005 (radicado 24397) y 29 de junio de 2016 (radicación 45536).



salarial de los empleados afectados, que implicó reconocerle de manera retroactiva los salarios, prestaciones y cesantías para las vigencias antes señaladas, que para el actor correspondió del año 1999 a 2004.

En circunstancias contrarias, los empleados hubieran tenido que adelantar reclamaciones administrativas y acciones contenciosas con el objeto de que se reconocieran los hechos que dieron lugar a las diferencias salariales, dada la igualdad de funciones y responsabilidades entre los empleados de planta y los incorporados a cargo del sistema general de participaciones, y lograr con ello el restablecimiento de sus derechos, lo que hubiera generado un desgaste particular, administrativo y judicial, que se evitó con la actuación administrativa adelantada por las autoridades departamentales en concurrencia con el sector central nacional (Ministerios de Educación Nacional y de Hacienda y Crédito Público).

Y si bien estos procesos probablemente hubieran finalizado con sentencias favorables para los actores, también lo es que aquellas estarían afectadas de prescripción, ya que solamente es dable reclamar hasta tres años antes de formulada la correspondiente petición con la que se agota el trámite administrativo, por lo que, en principio, los salarios, prestaciones y cesantías de los años 1996 a 2003 estarían afectadas con dicho fenómeno extintivo.

Así las cosas, ante este tipo de situaciones, no se debe hacer más gravosa la situación de las entidades territoriales, únicamente porque la ley consagra una medida sancionatoria por la consignación extemporánea de las cesantías, sino que se deben examinar y ponderar las causas y efectos de la misma, ante situaciones excepcionalísimas como la que ocurrió con la modificación en el sector educativo y las competencias de las entidades territoriales en este,



reglamentadas en la Ley 60 de 1993³⁰, posteriormente derogada por la Ley 715 de 2001³¹, que reguló el sistema general de participaciones.

Así las cosas, se confirmará la sentencia en cuanto negó las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas en este fallo.

Por último, en lo atañadero a la condena en costas a la parte demandante, considera la Sala que se aplicó de manera restrictiva lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil (CPC), hoy 365³² del Código General del Proceso (CGP), por remisión expresa del artículo 188³³ del CPACA, puesto que no se examinaron aspectos como la temeridad o mala fe en la que pudo incurrir, sino que adoptó la decisión con el único fundamento de que la norma en mención preceptuaba de manera inexorable la imposición de tal condena, por el solo hecho de ser vencida en juicio.

En este sentido, se pronunció esta Corporación en sentencia de 1º de diciembre de 2016³⁴ así:

En ese orden, la referida norma especial que regula la condena en costas en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, dispone:

³⁰ «Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones».

³¹ «Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros».

³² «ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

[...]

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

³³ «ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil»

³⁴ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencia de 1º de diciembre de 2016, consejero ponente Carmelo Perdomo Cuéter, expediente 7001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014), acción de nulidad y restablecimiento del derecho de Ramiro Antonio Barreto Rojas vs UGPP.



ARTÍCULO 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

La lectura interpretativa que la Sala otorga a la citada regulación especial gira en torno al significado del vocablo disponer, cuya segunda acepción es entendida por la Real Academia Española como «2. Tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse». Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costa no presupone causación *per se* contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución (artículo 366 del CGP).

En tal virtud, a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetivo respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.

Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, cuando por ejemplo sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; se aduzcan calidades inexistentes; se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP).

Con fundamento en lo que precede, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultados del proceso le sean desfavorables a sus intereses, pues esa imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella adolece de temeridad o mala fe, actuación que, se reitera, no desplegó el Tribunal Administrativo de Risaralda; y, por lo tanto, se revocará dicha condena.

Con base en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones



sobre el particular, considera la Sala que ha de confirmarse parcialmente la sentencia de primera instancia, y se revocará la condena en costas impuesta a la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

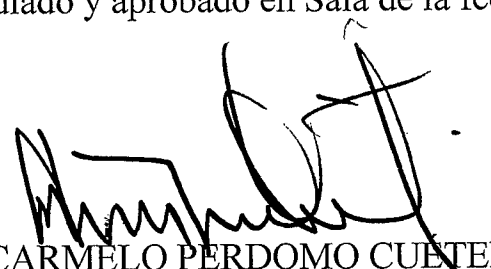
1.º Confírmase parcialmente la sentencia proferida el 11 de junio de 2014 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, en cuanto negó las pretensiones de la demanda incoada por el señor Fernando Valencia Cano contra el departamento de Risaralda, pero por las razones expuestas en esta providencia.

2.º Revócase el ordinal segundo de la parte dispositiva de la sentencia apelada, que condenó en costas al demandante.

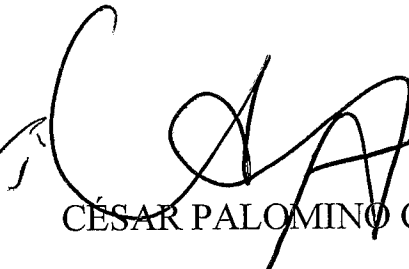
3.º Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de la fecha.


CARMELO PERDOMO CUETER


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ


CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Handwritten signature and scribbles.