



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO-SUCRE

Sincelejo, veintiocho (28) de junio del año dos mil trece (2013)

JUEZA: LUZ ELENA PETRO ESPITIA

Medio de Control **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Radicado: **70001.33.31.005.2012.00018.00**
Demandante: **JORGE MANUEL ARENAS CÁRDENAS**
Demandado: **MUNICIPIO DE SINCELEJO**

Se procede a decidir en primera instancia sobre las pretensiones de la demanda formuladas a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho por el señor JORGE MANUEL ARENAS CÁRDENAS, a contra el MUNICIPIO DE SINCELEJO

I. LA DEMANDA

A - PRETENSIONES

1 – Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 02.01.10.379.04.2012 de fecha 11 de abril de 2012, proferido por el Jefe de Recursos Humanos de la Alcaldía de Sincelejo, a través del cual se decide una petición de pago de sanción moratoria de carácter laboral por la no consignación oportuna de las cesantías donde le negaron al actor el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

2 --Como consecuencia de la Nulidad del Acto Administrativo contenido en el oficio No. 02.01.10.379.04.2012 de fecha abril 11 de 2012, se condene al municipio de Sincelejo, a pagar al demandante por concepto de perjuicios materiales, la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías al fondo de cesantías al que se hallaba afiliado, correspondientes al tiempo comprendido del cinco (5) de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2010, las cuales debieron ser canceladas a mas tardar en el mes de febrero de 2011, pero lo fueron solo hasta el día 9 de marzo de 2012, es decir, una mora de 368 días.

3- Igualmente la entidad demandada, deberá ser condenada a pagar, a título de indemnización por concepto de perjuicios de carácter extrapatrimonial o inmaterial, modalidad perjuicios morales; el equivalente a cincuenta (50) SMLMV, por la grave aflicción y padecimiento sufrido por el demandante, al ver que la entidad empleadora no consignaba dentro del término legal las cesantías correspondientes del periodo laborado, comprendido desde el 05 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2010.

4- Las anteriores sumas de dinero deberán ser reconocidas debidamente indexadas al momento en que efectivamente se haga el pago.

B – FUNDAMENTOS DE HECHOS

Basado en lo expuesto por el apoderado del demandante los hechos se concretan de la siguiente manera:

Que el señor Jorge Manuel Arenas Cárdenas fue nombrado a través del Decreto No. 004 de fecha enero 4 de 2010 en el cargo de Profesional Universitario, código 219, grado 05, adscrito a la Secretaria General del municipio de Sincelejo, laborando desde el día 05 de enero de 2010 hasta 30 de noviembre de 2011, fecha en la cual le fue comunicada su desvinculación. Luego, mediante Resolución No. 3541 del 22 de diciembre de 2011, se le reconoció y se ordenó el pago de la liquidación definitiva de las prestaciones sociales, con exclusión del pago de las cesantías causadas desde 05 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2010.

Que la entidad demandada no le consignó de manera oportuna al respectivo fondo, las cesantías correspondientes al periodo comprendido entre el 05 de enero y el 31 de diciembre de 2010, -estando en la obligación de hacerlo a más tardar en el mes de febrero de 2011-, y que solo hasta el día 09 de marzo de 2012, procedió a consignar las cesantías referidas.

Que de acuerdo a lo anterior, el municipio de Sincelejo incurrió en trescientos sesenta y ocho (368) días de mora, en el pago de las cesantías parciales correspondientes al periodo aludido.

Que durante meses el señor Jorge Manuel Arenas Cárdenas estuvo esperando que la entidad demandada le cancelara de manera directa, a través del mecanismo de la transacción, la suma de dinero correspondiente a la sanción por la no consignación oportuna de las cesantías, como se lo había prometido el representante legal del municipio de Sincelejo a él y a todos los trabajadores que estaban en igual circunstancia.

Que mediante petición de fecha 16 de marzo de 2012 recibida por el municipio de Sincelejo el día 16 de marzo de 2012, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías, la cual fue atendida de manera negativa a través de Oficio No. 02.01.10.379.04.2012 de fecha 11 de abril de 2012.

Que el 08 de mayo de 2012, se solicitó la realización de la audiencia de conciliación extrajudicial ante la procuraduría judicial Administrativa de Sincelejo, la cual fue celebrada de de manera fallida el 22 de junio de 2012.

C – FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante invoca como violadas las siguientes disposiciones: Constitucionales: Artículos 2, 6, 23, 25, 29 y 53. Legales: Ley 50 de 1990 artículo 99 numeral 3°.

Expresa el actor en su concepto de violación que el acto administrativo impugnado, Oficio No. 02.01.10.378.04.2012 de fecha 11 de abril de 2012, va en contravía de la Constitución puesto que no garantiza los derechos contenidos en ella, omite el reconocimiento de un derecho, es violatorio del derecho al trabajo y todas sus condiciones, de los principios de irrenunciabilidad de los beneficios laborales y de la situación más favorable para el trabajador.

Indica también que se está conculcando lo establecido en la Ley 50 de 1990, artículo 99, numeral 3°, ya que para el caso de los servidores públicos afiliados al Fondo Nacional del Ahorro la legislación aplicable en cuanto administración y liquidación de cesantías es la Ley 432 de 1998 la cual remite de manera expresa la aplicabilidad del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, por tanto la entidad empleadora que no transfiera antes del 15 de febrero del año

siguiente el valor de la liquidación de cesantías al Fondo Nacional del Ahorro, incurrirá a partir del 16 de febrero en la sanción moratoria dispuesta en la norma referida, debiendo pagar un día de salario por cada de retardo.

II. TRAMITE PROCESAL

A – ADMISIÓN: La demanda fue admitida mediante auto de fecha 29 de agosto de 2012, notificada a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el día 30 del mismo mes y año, y a la entidad demandada el 10 de septiembre de 2012 a través de mensaje dirigido al correspondiente buzón electrónico de notificaciones judiciales, tal como consta a folios 37 y 43 del expediente.

B – LA CONTESTACIÓN: En uso del derecho de contradicción la entidad demandada expresó: al hecho 1°, es cierto; 2°, es cierto solo lo que respecta a la fecha de posesión del demandante; al 3°, es cierto; al 4° , no es cierto que se haya excluido el pago de cesantías ya que mediante resolución 3540 del 22 de diciembre de 2011 se le reconoció y ordenó el pago de la liquidación definitiva de las prestaciones sociales causadas entre el 05 de enero de 2010 hasta el 30 de noviembre de 2011; al 5°, no es cierto, ya que el municipio podía consignarle las cesantías por fuera del término sin que ello diera lugar a la sanción moratoria prevista en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, ya que esa figura solo aplica para aquellos empleados que se afilian a un fondo privado. Al hecho 6°, aclara que el municipio de Sincelejo consignó el 09 de marzo de 2012, ante el Fondo Nacional del Ahorro, las correspondientes cesantías y que lo hizo de manera oportuna cumpliendo con lo establecido en los artículos 4° y 5° de la Ley 1071 de 2006. Por tanto, una vez desvinculado el actor debió formular su petición ante el respectivo fondo. Así, no puede el municipio cancelar doblemente lo que pide el demandante; al 7°, no es cierto, no existe mora alguna por los argumentos esbozados en el hecho anterior; al 8°, mal podía el municipio cancelarle sus cesantías si las mismas tenían que ser transferidas al Fondo Nacional del Ahorro por disposición del mismo empleado. Al hecho 9°, el municipio de Sincelejo recibió la petición 16 de marzo de 2012 y que es sospechoso que el memorial tuviera fecha de 16 de enero de 2011 por ello se hizo la anotación de la verdadera fecha de recibido. Al hecho 10°, es cierto; al 11°, es cierto; al 12°, es cierto; al 13° no es un hecho; al 14° tampoco es un hecho; y al 15° es cierto.

En las razones de la defensa expresó que el acto administrativo acusado debe mantenerse en firme en razón a que en primer lugar el demandante se afilió al Fondo Nacional del Ahorro, por tanto es de vital importancia tener en cuenta la fecha de desvinculación laboral ya que es allí cuando debe iniciarse el trámite para la cancelación de las cesantías, a petición del interesado, para que luego surja la obligación del empleador en cancelarla dentro los términos de la Ley 1071 de 2006, aplicable a los empleados públicos del orden territorial. En tanto, el demandante no hizo la solicitud de liquidación de cesantías definitivas, no obstante el municipio de Sincelejo expidió la Resolución No. 3540 de 22 de diciembre de 2011 en la que reconoció y ordenó dicho pago por valor de \$1.751.527, y lo transfirió al Fondo Nacional del Ahorro. Así, no hubo lugar a constituirse en mora.

Finalmente, indicó la apoderada de la entidad demandada que el acto administrativo acusado debe mantenerse en firme ya que la actuación del municipio de Sincelejo es conforme a lo establecido en la Ley 432 de 1998 aplicable toda vez que el demandante escogió de manera voluntaria el Fondo Nacional del Ahorro como entidad administradora de sus cesantías, y en tal caso no puede aplicarse la Ley 50 de 1990 aplicable para los empleados que han escogido fondos privados. Así, sustenta sus argumentos haciendo cita textual de la Ley 1071 de 2006, artículo 4° y 5, Ley 432 de 1998, artículos 2°, 3°, 6°, 7°, Decreto 1582 artículo 1°.

Por todo lo anterior, solicita se desestimen las súplicas de la demanda.

C –AUDIENCIA INICIAL. – La audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, fue convocada mediante auto de 30 de enero de 2013, y celebrada el día el 02 de abril de 2013, a las 09:00 AM, en la cual se agotaron debidamente cada una de las subetapas, tal como consta en la correspondiente grabación de video y audio, la cual se encuentra incorporada a folio 68 del expediente, y en la respectiva acta de registro visible a folios 63 al 68.

D –AUDIENCIA DE PRUEBAS. – En audiencia inicial, como quiera que hubo lugar a la práctica de pruebas, se dispuso fijar el 15 de mayo de 2013, a las 09:30 AM como fecha y hora para la celebración de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011. En consecuencia, la misma fue celebrada en la fecha estipulada, y se recaudó la prueba documental decretada, tal como consta en la correspondiente grabación de video y audio, la cual se encuentra

incorporada a folio 79 del expediente, y en la respectiva acta de registro visible a folios 77 al 78.

D – ALEGACIONES. – Estando constituido en audiencia de pruebas el despacho dispuso prescindir de la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento por considerarla innecesaria en el asunto, por tanto ordenó que las partes y el Agente del Ministerio Público presentaran por escrito sus alegatos de conclusión. Así, dentro del término concedido la parte demandada y demandante alegaron en los siguientes términos:

La apoderada del Municipio de Sincelejo, expresó que se opone a todas y a cada una de las pretensiones formuladas por la parte demandante, y que se ratifica en lo expuesto en la contestación de la demanda en la cual hizo referencia a que la normatividad aplicable al actor no es la Ley 50 de 1990 sino la ley 432 de 1998, por tanto no hay lugar al pago de la sanción moratoria que se solicita.

La parte demandante indicó que de los hechos narrados y de las pruebas documentales allegadas está demostrado que la entidad demandada no consignó de manera oportuna las cesantías, pues solo lo hizo hasta el 09 de marzo de 2012 siendo lo correcto hacerlo a mas tardar en el mes de febrero de 2011, motivo suficiente para declarar la nulidad del acto impugnado. Manifiesta también que en el asunto se probó la mora de 368 días en el pago de las cesantías parciales por el período del 05 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre del mismo año, que así mismo la sanción moratoria que se solicita aplica para los servidores públicos afiliados al Fondo Nacional del Ahorro habida cuenta la Ley 432 de 1998 remite expresamente a la aplicabilidad de la Ley 50 de 1990. Finalmente hace alusión a los tres diferentes sistemas de liquidación y manejo de cesantías para servidores públicos del orden territorial, para lo cual hace una transcripción de un aparte de la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado en el expediente Rad. 15001-23-31-000-2000-02033-01(9228-05) de fecha 19 de julio de 2007.

III. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

A- EL PROBLEMA JURÍDICO. – En este caso se contrae a determinar si el demandante señor Jorge Manuel Arenas Cárdenas como empleado del municipio de Sincelejo habiendo escogido al Fondo Nacional de Ahorro como la entidad administradora de sus cesantías, le asiste el derecho a que se le reconozca

y pague la sanción moratoria por concepto de no consignación oportuna de cesantías, una vez se desvirtúe la legalidad del acto administrativo acusado Oficio No. 02.01.10.379.04.2012 de fecha 11 de abril de 2012.

Para resolver el anterior planteamiento se entraran a estudiar los siguientes aspectos: 1. Concepto de Cesantías, marco normativo, concepto de Sanción Moratoria; 2. Material probatorio, y 3. Caso Concreto

1.1 CONCEPTO DE CESANTÍA Y MARCO NORMATIVO

La cesantía es una prestación social, que tiene por objeto servirle de soporte económico al trabajador o empleado que ha quedado cesante como consecuencia de la terminación del vínculo laboral¹, por tanto hay lugar a su reconocimiento y pago cuando se disuelve el vínculo entre el funcionario y el Estado.

Como marco normativo se tiene que las disposiciones mas relevantes en la materia son:

- Ley 6ª de 1945, artículo 17, literal a) estableció por primera vez para los empleados y obreros nacionales de carácter permanente el auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, pero teniendo en cuenta sólo los servicios prestados con posterioridad al 1º de enero de 1942.

- Ley 65 de 1946, dispuso: *“Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las Ramas del Poder Público, hállense o no escalafonados en la carrera administrativa, tendrán derecho a auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera sea la causa del retiro”*

- Los Decretos 2567 de 1946 y 1160 de 1947 establecieron los parámetros a tener en cuenta al momento de realizar la liquidación de las cesantías.

- Decreto-Ley 3118 de 1968 eliminó la liquidación retroactiva de las cesantías para los empleados públicos de la Rama ejecutiva del orden nacional, ya

¹ Dr. Álvaro Quintero Sepúlveda, Libro Manual de prestaciones sociales de los empleados públicos del orden territorial, 1ra edición 2004, página 116.

que dio inicio a un nuevo sistema de liquidación anual de cesantías. También, se creó el Fondo Nacional del Ahorro, y en su artículo 3° indicó que:

“Deberán liquidarse y entregarse al Fondo Nacional del Ahorro, conforme a las disposiciones del presente decreto, las cesantías de los empleados públicos y trabajadores de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional.”

- La Ley 344 de 1996 continuó el proceso de desmonte de la retroactividad de las cesantías iniciado con el Decreto 3118 de 1968, e hizo extensivo el nuevo sistema anual para aquellos servidores públicos vinculados o que se vincularan a partir del 1° de enero de 1997, a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que sea su nivel, nacional, departamental municipal o distrital. Así el artículo 13 ibídem estableció que:

“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.”*

Así, todos los empleados oficiales vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 quedaron amparados por el régimen de liquidación anual de cesantías. A su turno, el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998 reglamentario del artículo 13 ibídem indicó que:

“El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1.996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102 y 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1.990; 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 1.998.

Parágrafo.- Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional del Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6° de la ley 432 de 1998”.

En ese orden, el artículo 5 de la Ley 432 de 1.998 prescribe:

“AFILIACION DE SERVIDORES PUBLICOS. 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.

No se aplica lo anterior al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni a los afiliados al 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 sólo 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.”

Seguidamente, el artículo 6 de la Ley 432 de 1.998 establece:

TRANSFERENCIA DE CESANTÍAS. *<Artículo modificado por el artículo 193 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> 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.*

De lo anterior se extrae que son tres los regímenes de liquidación de cesantías, a saber; 1.Retroactivo; 2. Sistema de liquidación de los fondos privados; y 3. Sistema de liquidación del Fondo Nacional de Ahorro.

1.2 SANCIÓN MORATORIA.-

El tema de sanción moratoria para el régimen de cesantías por anualidad está previsto en el ordinal 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, así:

“ARTICULO 99. El nuevo régimen especial del 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 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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de 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.”

La sanción prevista en la Ley 50 de 1990, difiere de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues ambas recaen sobre eventualidades concretas y especiales para cada una. El Consejo de Estado, ha hecho ahínco en establecer las diferencias primordiales de una con la otra, es así como se pronuncia de la siguiente forma:

“Importante resulta aquí reiterar lo que ha expresado esta Corporación en el sentido de que existe diferencia entre la indemnización derivada de la falta de consignación antes del 15 de febrero en un fondo, por la cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre; con la que surge frente a la falta de pago de dicha prestación a la terminación de la relación legal o reglamentaria, ya que una vez que se presenta este hecho, esto es, cuando el trabajador se retira del servicio por cualquier causa y la administración no consigna oportunamente la cesantía que adeuda, deberá cancelar a título de indemnización la sanción prevista en la Ley 244 de 1995. Lo anterior indica que a pesar de la naturaleza sancionatoria de una y otra indemnización, las situaciones que gobiernan son distintas, la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del Decreto 1582 de 1998, se genera por la no consignación oportuna de la cesantía que se paga anualizada, y la segunda, la prevista en la Ley 244 de 1995 se genera por el no pago de esa prestación al momento del retiro del servicio. La indemnización moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 es una sanción a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, establecida con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la mencionada ley. El espíritu de la comentada disposición es proteger el derecho de los servidores públicos que se retiran del servicio a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías. En tal

sentido, estableció el procedimiento para su reconocimiento y pago, consagrando, entre otros asuntos, una sanción a cargo de la Administración y a favor del trabajador, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, en caso de constituirse retardo en el pago definitivo de la referida prestación. Esta norma define un sistema de liquidación anual de cesantías y regula la sanción que se causa para el empleador que incumple la obligación de consignar oportunamente las cesantías de sus trabajadores en un fondo privado (a más tardar el 15 de febrero del año siguiente a su causación).'²

2. MATERIAL PROBATORIO.- Al proceso se allegaron las siguientes pruebas:

- Petición de fecha 16 de marzo de 2011 dirigida al Jefe de Recursos Humanos del municipio de Sincelejo. (Folio 8 al 9)
- Oficio No. 02.01.10.379.04.2012 suscrito por el Jefe de Recursos Humanos, mediante el cual se negó la petición elevada por el demandante. (Folio 10 al 11)
- Resolución No. 3541 de 22 de diciembre de 2011, proferida por el alcalde del municipio de Sincelejo, mediante la cual se resolvió reconocer y pagar a favor del demandante la suma de \$2.246.800 por concepto de prestaciones sociales en liquidación definitiva. (Folios 12 al 13)
- Extracto individual de cesantías del Fondo Nacional del Ahorro, de fecha 13 de marzo de 2012, correspondiente al señor Jorge Manuel Arenas Cárdenas. (Folio 14).
- Constancia de fecha 13 de marzo de 2012, expedida por el Fondo Nacional del Ahorro, en la cual se indica el tiempo de afiliación del demandante y el correspondiente saldo de cesantías. (Folio 15).
- Oficio FNA(DAE) proveniente del Fondo Nacional del Ahorro en el cual se indican las sumas de dinero que el Municipio de Sincelejo consignó a ese fondo por concepto de cesantías y de intereses moratorios correspondientes al demandante señor Jorge Manuel Arenas Cárdenas, (fl 73 a 76).

3. CASO CONCRETO.- En el sub lite se pretende que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 02.01.10.379.04.2012 de

² Ver Sentencia Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección b. Radicación Interna No. 1017-10. Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Fecha 17 de Marzo de 2011.

fecha 11 de abril de 2012, proferido por el Jefe de Recursos Humanos del municipio de Sincelejo, mediante el cual se denegó la solicitud de pago de la sanción moratoria. Así, el debate propuesto se refiere al pago de la referida sanción por la consignación no oportuna de las cesantías del demandante correspondiente al periodo comprendido entre el 05 de enero de 2010 hasta el 30 de noviembre de 2010.

Del acervo probatorio recaudado se pudo comprobar que el señor Jorge Manuel Arenas Cárdenas laboró en el Municipio de Sincelejo desde el 05 de enero de 2010 hasta el 30 de noviembre de 2011, en el cargo de Profesional Universitario grado 05, adscrito a la Secretaría General de dicho ente. Fl. 12.

Así mismo, se comprobó que el demandante escogió al Fondo Nacional del Ahorro como entidad administradora de sus cesantías, al cual el municipio de Sincelejo realizó aportes y reportes correspondientes a las vigencias fiscales 2011 y 2012 en las cuantías señaladas a folio 76 del expediente.

En ese orden de ideas, dado la fecha de vinculación laboral del demandante con la entidad territorial se colige que le es aplicable el régimen de liquidación anual de cesantías, por consiguiente es procedente la escogencia del Fondo Nacional del Ahorro.

Ahora, teniendo certeza de lo anterior, el debate se centra en dilucidar si los empleados territoriales que han escogido al Fondo Nacional del Ahorro les asiste el derecho a obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por consignación no oportuna de las cesantías establecido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

De acuerdo con el material probatorio es claro que las cesantías del actor correspondiente al año 2010 fueron consignadas en el referido fondo solo hasta el 09 de marzo de 2012. Sin embargo se pregunta si, tal situación da lugar a la aplicación de la sanción moratoria?

Para resolver el anterior interrogante, es indispensable recordar que como bien se anotó en líneas arribas, la sanción moratoria aplica solo para empleados que han escogido un fondo administrador de cesantías de carácter privado, pues la norma es lo suficientemente clara en señalar que el régimen de liquidación y pago

de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1.996 **que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102 y 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1.990;** 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 1.998.**

La anterior interpretación es apoyada igualmente en el precedente jurisprudencial de nuestro Tribunal de Cierre, quien en forma reiterada sobre el tema ha manifestado:

“De las normas enunciadas (ley 50 de 1990, Ley 344 de 1996 y D.R. 1582 de 1998) se deduce que para efectos de la liquidación de las cesantías en la forma allí prevista y con las consecuencias allí señaladas se han de reunir los siguientes requisitos.

a) El empleado ha debido vincularse a partir del 31 de diciembre de 1996, y,

b) El empleado ha de afiliarse a un fondo privado de cesantías que voluntariamente haya escogido.

Sólo así el empleado puede hacerse acreedor al pago de la sanción moratoria de la ley 50 de 1990.

Bajo las anteriores premisas cabe señalar que el régimen aplicable al demandante era el de la liquidación anual de cesantías, de conformidad con lo dispuesto por la ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998, por haberse vinculado después del 31 de diciembre de 1996 y estar vigente en el sector territorial el régimen de liquidación anual de cesantías.

No obstante lo anterior, al demandante no se le puede reconocer el pago de la sanción moratoria contenida en la ley 50 de 1990 porque no demostró estar afiliado a un fondo de cesantías.

En efecto, del acervo probatorio se colige que el actor no se encontraba afiliado a fondo de cesantías alguno, para ser beneficiario de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las mismas. Según puede verse, la sanción a la que se refiere la Ley 50 de 1990, artículo 99, numeral 3, se impone al empleador que debiendo cumplir con la obligación de consignar antes del 15 de febrero de cada año la cesantía correspondiente al año anterior, no procede conforme al mandato legal. En suma, como no se prueba que el señor JORGE ISAAC ROMERO SILVA se encontraba afiliado a un fondo privado de cesantías ni que hubiera manifestado a la administración su voluntad de afiliarse a él no puede aplicarse a la Contraloría la sanción impuesta por el artículo 90 de la Ley 50 de 1990.³”

Al efecto, para esta instancia judicial no es de recibo pretender el pago de la sanción moratoria cuando el servidor público ha escogido un fondo público de cesantías y no uno privado, toda vez que hay lugar a imponer la sanción moratoria cuando los supuestos fácticos y jurídicos se ajustan a lo consagrado en el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998 concordante con el art. 90 de la Ley 50 de 1990, situación

³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 23 de octubre de 2003. C.P. Jesús María Lemos Bustamante. Expediente 1851-03.

que no se configura en el presente proceso, habida cuenta que la normatividad aplicable al demandante es la contenida en la Ley 432 de 1998.

Ahora, no desconoce este despacho que el artículo 6° de la Ley 432 de 1998 fue modificado por el decreto 019 de 2012, el cual adicionó un párrafo el cual indica que: *Las fechas estipuladas en este artículo para el cumplimiento de la obligación de transferencia no serán aplicable 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.* (Subrayas y cursivas del despacho)

Obsérvese que el contenido del párrafo tiene defectos en su redacción pues no se comprende a qué se hace referencia cuando se alude el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ya que la idea lógica coherente esta dada hasta la palabra municipal, de allí en adelante pareciera que el texto perdiera su hilo conductor pues es notable que hace falta un término que conecte ambas frases. Ante esa circunstancia no puede el despacho hacer suposiciones en la materia y mas aún tratándose de temas referentes a imposición de sanción la cual debe ser clara y expresa. Aunado, al expediente se allegó prueba documental proveniente del Fondo Nacional del Ahorro, suscrito por el Jefe de División de Afiliados y Entidades en cual se expresa que actualmente las entidades públicas consignan los aportes de manera mensual a ese fondo en las fechas establecidas por el Decreto 1670 de 2007. En este punto valga aclarar que los dineros consignados mes a mes en dicho fondo no constituyen cesantías sino que son aportes de doceavas de los factores salariales que se toman como base para la liquidación, los cuales se convierten en cesantías una vez se han causado, es decir para la fecha 31 de diciembre de cada año, o a la terminación de la relación laboral según el caso. También, el FNH⁴ hace referencia a la fecha 15 de febrero pero como fecha límite NO para realizar consignación de aportes, pues como ya se dijo es de manera mensual, sino que ha sido señalada para la remisión de los reportes o listados individualizados con las certificaciones de los factores salariales que constituyen base para liquidar y los reportes anualizados consolidados, todo ello para que luego el fondo pueda proceder a trasladar los dineros a cada una de las cuentas individuales de cada funcionario afiliado.

Descrito lo anterior, no hay duda en que las entidades territoriales actualmente no están haciendo consignación anual de las cesantías, como sí se hace

⁴ Fondo Nacional de Ahorro

en los fondos privados, toda vez que el FNH tiene su propia reglamentación y fue esa misma entidad quien manifestó a este despacho explícitamente la forma en que las entidades publicas registradas para la administración y pago de las cesantías realizan sus consignaciones, que como se anotó es de manera mensual y no anual.

Ahora bien, de los documentos aportados al proceso se colige también que el municipio de Sincelejo no realizó al FNH de manera mensual los aportes del demandante correspondientes al período laboral de enero a noviembre de 2010, sino que lo hizo solo hasta marzo de 2012. No obstante, quedó probado que los intereses generados por la mora en las consignaciones mensuales fueron debidamente cancelados por la entidad demanda, figura ésta que es completamente diferente a la sanción moratoria que aquí se reclama, y que solo interesa al empleador y al fondo de cesantías.

Es también importante señalar que la Resolución No. 3541 mediante la cual se reconoció al actor la suma de \$2.246.800 en la cual se incluyó lo concerniente a las cesantías de 2010, tiene como fecha de expedición 22 de diciembre de 2011, y la consignación se realizó el 09 de marzo de 2012, es decir que se hizo dentro de los 45 días que contempla la norma. Desde esa arista tampoco hay lugar a reclamar pago de indemnización moratoria que no es el asunto en el sub judice pero que no esta demás recalcarlo.

Ahora, continuando con el tema de la sanción moratoria, si en gracia de discusión se contemplara la posibilidad de aplicar lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 al demandante tampoco le resultaría viable toda vez que el parágrafo del artículo 6° de la Ley 432 de 1998, modificado por el artículo 193 del Decreto 019 de 2012 entró en vigencia a partir de ese mismo año, mientras que las cesantías del actor se causaron en el año 2010, fecha en la cual al municipio de Sincelejo le asistía la obligación de consignar de manera mensual. En ese sentido, mal puede pretender la parte demandante arrogarse efectos retroactivos de la norma alegada, Decreto 019 de 2012, en provecho de su interés particular.

Vista así las cosas, no resulta procedente imponer a la entidad demandada la sanción moratoria por no consignación de cesantías, ya que si bien es cierto que el municipio solo lo hizo hasta el mes de marzo de 2012, no lo es menos que tal situación no configura de manera alguna la institución de la sanción moratoria la cual aplica cuando no se consignan las cesantías antes del 15 de febrero del año

siguiente a su causación siempre que se haya escogido un fondo privado para el manejo de las mismas. En ese orden de ideas, se considera que el acto administrativo demandado no es violatorio de las normas constitucionales y legales alegadas por la parte demandante.

De otra parte, se observa que en la demanda se solicitó condenar al municipio de Sincelejo al pago de determinada suma de dinero a título de indemnización por concepto de perjuicios de carácter extrapatrimonial y perjuicios morales. Petición que se torna innecesaria resolver como quiera que esta instancia despachará negativa la pretensión principal.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA:

1 – Niéguese las pretensiones de la demanda promovida por Jorge Manuel Arenas Cárdenas contra el Municipio de Sincelejo, de conformidad con la motivación.

2 –Ejecutoriada esta providencia, de existir gastos del proceso a favor de la parte accionante ordenase su devolución y archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ ELENA PETRO ESPITIA

Jueza