

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”
Consejero Ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., junio dieciséis (16) de dos mil dieciséis (2016). SE 061

Radicado: 080012331000201100717 01 (4586-2015).

Actor: Ruth del Carmen Canchila Tarrifa

Demandado: Municipio de Soledad – Atlántico.

Acción Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Decreto 01 de 1984

La Subsección conoce del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 31 de octubre de 2014 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que denegó las pretensiones de la demanda presentada por la señora Ruth del Carmen Canchila Tarrifa contra el Municipio de Soledad (Atlántico).

ANTECEDENTES

La señora Ruth del Carmen Canchila Tarrifa por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó al Municipio de Soledad - Atlántico.

Pretensiones

1. Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio S.T.H. 990.10 de fecha 24 de noviembre del año 2010, por medio del cual el Municipio de Soledad negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996 y la Ley 50 de 28 de diciembre de 1990.
2. A título de restablecimiento del derecho, se condene al Municipio de Soledad (Atlántico), al pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías correspondientes a las vigencias 2005, 2006, 2007 y 2008.
3. Se ordene el ajuste de las cantidades líquidas de dinero que resulten de la condena.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

1. La señora Ruth del Carmen Canchila Tarrifa se encuentra vinculada al Municipio de Soledad – Atlántico como Profesional código 219 grado 06, adscrita a la Planta Global de la Administración Central de Soledad desde el 19 de agosto del año 1994. A la fecha de presentación de la demanda continúa desempeñándose en dicho cargo.
2. La demandante se afilió al Fondo de Cesantías FONDO NACIONAL DEL AHORRO a partir del año 2005.
3. El Municipio de Soledad (Atlántico) no realizó la consignación del auxilio de cesantías correspondiente a los años 2005, 2006, 2007 y 2008 a que tenía derecho la actora, dentro del plazo establecido por la ley para el régimen anualizado, es decir, hasta el 14 de febrero del año siguiente a su causación.

4. El 10 de noviembre de 2010, la señora Ruth del Carmen Canchila Tarrifa radicó reclamación administrativa ante la Alcaldía Municipal de Soledad con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de los auxilios de cesantías anualizados, en los términos de la Ley 344 de 1996.

5. Mediante oficio S.T.H. 990.10 de fecha 24 de noviembre del año 2010, el Municipio de Soledad negó el reconocimiento de la sanción moratoria pretendida por la señora Ruth del Carmen Canchila Tarrifa.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 13, 29, 53 y 209 de la Constitución Política; 85, 137 a 139 del Código Contencioso Administrativo; 13 de la Ley 344 de 1996; 1 del Decreto 1582 de 1998; 99 numeral 3º de la Ley 50 de 1990; 21 y siguientes del Decreto 1063 de 1991; 20 numeral 3º del Código de Procedimiento Civil.

Como concepto de violación expuso la demandante que con la expedición del acto demandado se vulneró el principio de la irrenunciabilidad a los derechos mínimos laborales consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política; el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, norma que dispuso que las personas que se vinculen a las entidades del Estado tendrían el régimen de cesantías anualizadas, y el Decreto Reglamentario 1582 de 1998, según el cual la liquidación y pago de dicho auxilio para los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir de 1996 que se afilien a los fondos privados sería el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás concordantes de la Ley 50 de 1990.



Explicó que al no efectuarse oportunamente la consignación de las cesantías en el respectivo fondo, esto es, el 14 de febrero del año siguiente a su causación, la administración incurrió en una conducta omisiva que desconoce los derechos del trabajador.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Municipio de Soledad (Atlántico) a través de apoderado se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que éstas carecen de fundamentos de hecho y de derecho.

La anterior afirmación la sustentó bajo la premisa de que la sanción moratoria no constituye un derecho laboral cierto e indiscutible y que su exigibilidad está condicionada a la concurrencia de diversos factores oponibles al ente territorial que estén debidamente demostrados en el proceso.

Formuló las siguientes excepciones: i) ineptitud de la demanda por indebido agotamiento de vía gubernativa; ii) imposibilidad de cancelar indemnización moratoria debido a que dichas acreencias no fueron presentadas en el contexto de la admisión a la promoción de un acuerdo de reestructuración de pasivos – Ley 550 de 1999; iii) ausencia probatoria respecto a si la señora Ruth del Carmen Canchila Tarrifa manifestó acogerse al régimen de la Ley 344 de 1996; y v) prescripción.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Ruth del Carmen Canchila Tarrifa (folios 92 a 97)

El apoderado de la demandante, indicó que en el proceso se demostró que a la servidora la cobija el régimen establecido en la Ley 344 de 1996 y que por consiguiente el empleador está en la obligación de liquidar las cesantías al 31 de diciembre de cada año, para posteriormente consignarlas en el respectivo Fondo -

escogido por el trabajador- a más tardar el 15 de febrero del año siguiente.

Sostuvo que como quiera que el Municipio de Soledad no consignó oportunamente las cesantías correspondientes a los años 2005 a 2008 (inclusive), hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria pretendida por la demandante.

Adicionalmente señaló que cuando presentó la solicitud ante la administración, recibió una respuesta desfavorable, sin una sustentación jurídica seria, además de que no se le dio la oportunidad de interponer los recursos en vía gubernativa, motivo por el cual optó por acudir a la jurisdicción.

Seguidamente, se opuso a las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Atlántico a través de sentencia de 31 de octubre de 2014, denegó las pretensiones de la demanda, y declaró no probada la excepción de *“imposibilidad de cancelar indemnización moratoria debido a que dichas acreencias no fueron presentadas en el contexto de la admisión a la promoción de un acuerdo de Reestructuración de Pasivos – Ley 550 de 1999”*. El fundamento de la sentencia es el siguiente:

En primer lugar, se pronunció sobre las excepciones propuestas por la demandada y al respecto indicó, que la de indebido agotamiento de la vía gubernativa no tenía vocación de prosperidad, y frente a las demás estimó que debían estudiarse junto con el fondo del asunto.

Seguidamente, hizo referencia a las normas que regulan los regímenes de cesantías aplicables a los empleados públicos del



orden territorial y aclaró que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el solo hecho de afiliarse a una entidad administradora de cesantías no implica que la persona pierda el régimen de retroactividad, si era beneficiaria del mismo, pues el único medio idóneo para trasladarse al régimen anualizado, es la comunicación que en ese sentido radique el trabajador ante la entidad.

Señaló que de conformidad con las pruebas aportadas al proceso, la actora se vinculó a la Alcaldía Municipal de Soledad desde el 19 de agosto de 1994 y se afilió al Fondo Nacional del Ahorro, no obstante, no se aportó documento alguno a través del cual la demandante hubiera manifestado que se acogía al régimen anualizado, motivo por el cual se entiende que conservó el régimen de cesantías retroactivo.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal concluyó que no es posible aplicar a la actora el régimen previsto en la Ley 50 de 1990, en atención a que esta no acreditó haber manifestado su voluntad de acogerse al régimen anualizado de cesantías.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

El apoderado de la señora Ruth del Carmen Canchila Tarrifa, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el que fundamentó en lo siguiente:

En el expediente se demostró que la demandante se encuentra afiliada a un fondo de cesantías desde el año 2005, pues así lo prueba el formulario de afiliación del Fondo Nacional del Ahorro, y que la sanción moratoria que reclama corresponde a los auxilios de cesantías de los años 2005, 2006, 2007 y 2008, los cuales como se probó no fueron cancelados oportunamente por la entidad territorial demandada.

Por último, señaló que el Tribunal en providencias anteriores, específicamente dentro del proceso núm. 2011-00718-00, actora: Yexica Patricia Africano Navarro, manifestó que a pesar de que la vinculación de la demandante se efectuó con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, la afiliación a un fondo permite inferir el ánimo de cambiar el régimen de cesantías.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Ruth del Carmen Canchila Tarrifa (folios 246 a 248)

Insistió en el argumento expuesto en el recurso de apelación, y agregó que en el acápite de pruebas se aportó formato de afiliación al Fondo Nacional del Ahorro que demuestra que ella se encuentra vinculada a dicho Fondo desde el 2005. Reiteró que las vigencias que se reclaman son las correspondientes a los años 2005 a 2008, es decir, a partir de la fecha en la cual se encontraba en el Fondo Nacional del Ahorro y cobijada por el nuevo régimen.

Municipio de Soledad – Atlántico (folios 262 a 268)

Manifestó que si bien es cierto la demandante demostró que su vinculación con el Municipio inició desde el 19 de agosto de 1994, también lo es que no probó haber realizado una manifestación expresa dirigida a que se le aplicara el régimen anualizado de cesantías, tal como lo dispuso la Corte Constitucional a través de la sentencia C-428 de 1997 y el Consejo de Estado en providencia del 11 de julio de 2013.

En esos términos, estimó que el formato de afiliación al Fondo Nacional del Ahorro no es la prueba idónea para materializar la intención de acogerse al régimen anualizado.



Concluyó que en gracia de discusión, de aplicarse a la señora Ruth del Carmen Canchila Tarrifa el régimen de cesantías de que trata la Ley 344 de 1996, la sanción moratoria que pretende le sea reconocida y pagada, estaría afectada por el fenómeno de la prescripción.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado, solicitó confirmar la sentencia apelada, con fundamento en lo siguiente:

Señaló que de las pruebas aportadas al proceso se demostró que la actora ingresó al servicio del Municipio de Soledad (Atlántico), el 19 de agosto de 1994, lo que implica que su situación se encuentra regulada bajo el régimen retroactivo de cesantías (Ley 6ª de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946 y del Decreto 1160 de 1947, en tanto se vinculó con la entidad territorial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996.

Observó que los artículos 2º y 3º del Decreto 1582 de 1998 permiten al trabajador manifestar de forma expresa su intención de cambiar su régimen de cesantías, precisando que si bien a folios 20 y 76 del expediente se acreditó la afiliación al Fondo Nacional del Ahorro desde el año 2005, la misma no reemplaza la manifestación expresa que debe mediar para el cambio de régimen.

Adicionalmente, advirtió que la afiliación al Fondo Nacional del Ahorro no le otorga posibilidad alguna de beneficiarse de la sanción moratoria que dispone la Ley 50 de 1990, como quiera que dicha entidad se encuentra sometida bajo una regulación especial, esto es, la Ley 432 de 1998.

Indicó que si se examina el régimen aplicable a este fondo, se puede observar que el incumplimiento en la consignación mensual de los aportes de un afiliado a esta entidad, genera intereses moratorios mensuales a favor de dicho fondo más no del afiliado.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en esta instancia, se resume en las siguientes preguntas:

¿Cuál es el régimen de cesantías aplicable a la demandante?,
¿Es el establecido por la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996 o el previsto por las normas anteriores a ella?

¿Cuál o cuáles son los requisitos legales para que el trabajador pueda cambiarse o trasladarse del régimen retroactivo de cesantías al régimen anualizado?

Primer y Segundo problema jurídico

A efectos de resolver los problemas jurídicos planteados, la Subsección abordará el estudio de los siguientes temas: i) régimen de cesantías aplicable a los empleados públicos territoriales; ii) requisitos para el traslado de régimen retroactivo al anualizado de cesantías, y iii) régimen de cesantías de la actora.

1. Régimen de cesantías aplicable a los empleados públicos territoriales

La Ley 6ª de 1945, en el artículo 17, dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, gozarían, entre otras prestaciones, de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, para lo cual solamente



se tendría en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942¹.

Mediante Decreto 2767 de 1945 se determinaron las prestaciones sociales de los empleados departamentales y municipales, y en el artículo 1º les hizo extensivas las prestaciones consagradas por el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, lo cual incluyó el auxilio de cesantías². En el artículo 6º señaló las situaciones que se tendrían como despido para efectos de la liquidación del auxilio.

Por su parte, la Ley 65 de 20 de diciembre de 1946 modificó las disposiciones sobre cesantías y en el artículo 1º extendió dicho beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios, y el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946 dictó normas sobre prestaciones a favor de los empleados oficiales, y estableció parámetros para la liquidación de las cesantías³.

Posteriormente, el Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947 estableció el mismo derecho para los empleados al servicio de la Nación de cualquiera de las ramas del poder público, sin importar si se encuentran inscritos en carrera administrativa o no, sea cual fuere la causa de su retiro.

A su vez, la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996, en el artículo 13 dispuso que a partir de su publicación, las personas que se vinculen a las entidades del Estado, tendrían un régimen

¹ **ARTICULO 17.** Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1o. de enero de 1942. (...)

² "Artículo 1º. Con las solas excepciones previstas en el presente decreto, los empleados y obreros al servicio de un Departamento, Intendencia, Comisaría o Municipio tiene derecho a la totalidad de las prestaciones señaladas en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, y el artículo 11 del Decreto 1600 del mismo año para los empleados y obreros de la Nación. A la entidad que alegue estar comprendida en uno de los casos de excepción, de corresponderá probarlo."

³ "El auxilio de cesantía a que tengan derecho los empleados y obreros al servicio de la Nación, los Departamentos y los Municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce meses."

anualizado de cesantías, en virtud del cual, la liquidación definitiva de cesantías debe realizarse el 31 de diciembre de cada año.

Más tarde se expidió la Ley 432 de 29 de enero de 1998, que reorganizó el Fondo Nacional del Ahorro y en el artículo 5º estableció que los servidores públicos de la rama ejecutiva del orden nacional están obligados a afiliarse a dicho fondo, mientras que los demás servidores del Estado, de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, tendrían la posibilidad de hacerlo.

De acuerdo con la ley en mención, la transferencia de las cesantías de los servidores públicos, se rige por lo dispuesto en el artículo 6º *ibídem*, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 6. TRANSFERENCIA DE CESANTÍAS DE SERVIDORES PÚBLICOS. En la fecha establecida para efectuar las consignaciones de los aportes a los sistemas general de pensiones y de seguridad social en salud, las entidades públicas empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional de Ahorro una doceava parte de los factores de salario que sean base para liquidar las cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior por los servidores públicos afiliados.

El incumplimiento de la obligación aquí establecida dará derecho al Fondo para cobrar a su favor intereses moratorios mensuales equivalentes al doble del interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, sobre las sumas respectivas por todo el tiempo de la mora.

Mensualmente, las entidades públicas empleadoras enviarán al Fondo Nacional de Ahorro una certificación que contenga el valor total de los factores salariales que constituyan base para liquidar cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior.

Los funcionarios competentes de las entidades públicas empleadoras, que sin justa causa no hagan oportunamente las consignaciones de los aportes mensuales o el envío de los reportes anuales de cesantías debidamente diligenciados, incurrirán en causal de mala conducta que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.

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”⁴.

No obstante, en el párrafo del artículo 5^o advirtió que para quienes tuvieran el régimen de retroactividad en cesantías, el mayor valor que se presentara estaría a cargo de la entidad empleadora.

Posteriormente, se expidió el Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998, reglamentario de la Ley 344 de 1996, que hizo extensivo el régimen anualizado de cesantías para los empleados públicos de nivel territorial, y dispuso que el régimen de los vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se hubieran afiliado a un fondo de cesantías, sería el establecido en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990.

En el caso de aquellos que se hubieran vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 del 27 de diciembre de 1996, con régimen de retroactividad y que decidan acogerse al previsto en dicha Ley, estableció el siguiente procedimiento:

⁴ Esta norma fue modificada por el artículo 193 del Decreto 19 de 10 de enero de 2012, “Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 193. TRANSFERENCIA DE CESANTÍAS. El artículo 6 de la Ley 432 de 1998, quedará así:

“Artículo 6. 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”.

[...]

- 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. [...]*

Por su parte, el Decreto 1252 de 30 de junio de 2000, en el artículo 1º, previó para los empleados públicos que se vincularan a partir de la vigencia de aquella, que el pago de las cesantías se haría en los términos de las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432, según el caso, aun si en la respectiva entidad existiera un régimen especial de cesantías. En el artículo 2º, conservó el régimen de cesantías retroactivas para los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000 lo venían disfrutando, hasta la terminación de la vinculación laboral con la entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional.

En el mismo sentido, el Decreto 1919 de 27 de agosto de 2002, que extendió el régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional a los servidores del orden territorial, en el artículo 3º previó: *“Los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000.”*

2. Requisitos para el traslado del régimen retroactivo al anualizado de cesantías

En primer término debe precisarse que el solo hecho de afiliarse a un fondo de cesantías privado no conlleva el cambio de régimen del retroactivo al anualizado, pues el mismo Decreto 1582 de 5 de

agosto de 1998, en el artículo 2º, prevé la posibilidad de que las entidades administradoras de cesantías administren en cuentas individuales, los recursos destinados al pago de cesantías de los servidores públicos del orden territorial cobijados por el régimen de retroactividad, así lo señala la norma en cita:

***“Artículo 2º.-** Las entidades administradoras de cesantías creadas por la Ley 50 de 1990 podrán administrar en cuentas individuales los recursos para el pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial que se encuentran bajo el sistema tradicional de retroactividad, es decir, de los vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 344 de 1996.*

La afiliación de los servidores públicos territoriales a un fondo de cesantías en el evento previsto en el inciso anterior, se realizará en virtud de convenios suscritos entre los empleadores y los mencionados fondos, en los cuales se precisen claramente las obligaciones de las partes, incluyendo la periodicidad con que se harán los aportes por la entidad pública, y la responsabilidad de la misma por el mayor valor resultante de la retroactividad de las cesantías.

***Parágrafo.-** En el caso contemplado en el presente artículo, corresponderá a la entidad empleadora proceder a la liquidación parcial o definitiva de las cesantías, de lo cual informará a los respectivos fondos, con lo cual éstos pagarán a los afiliados, por cuenta de la entidad empleadora, con los recursos que tengan en su poder para tal efecto. Esto hecho será comunicado por la administradora a la entidad pública y ésta responderá por el mayor valor en razón del régimen de retroactividad si a ello hubiere lugar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 344 de 1996.*

En el evento en que una vez pagadas las cesantías resultare un saldo a favor en el fondo de cesantía, el mismo será entregado a la entidad territorial”. (Subrayas de la Subsección)

Así las cosas, y como quiera que el Decreto 1582 de 1998 prevé que el régimen contemplado en la Ley 344 de 1996, es para los servidores vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, y además que su aplicación para quienes se vincularon con anterioridad a esta fecha solo opera para aquellos que decidan

acogerse al mismo, debe precisarse que para el cambio de régimen retroactivo de cesantías al anualizado es necesario que el servidor territorial vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, manifieste expresamente a la administración dicha determinación⁵. De no ser así, su afiliación a un fondo creado en virtud de la Ley 50 de 1990 tan solo implica el cambio de administrador de dichos recursos.

En conclusión

Para que opere el cambio de régimen retroactivo de cesantías al anualizado, el servidor público del orden territorial vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, debe manifestar expresamente a la administración su voluntad en ese sentido.

3. El régimen de cesantías de la demandante.

En el presente caso, a folio 12 del expediente, el Secretario de Talento Humano del Municipio de Soledad, certificó que la señora Ruth del Carmen Canchila Tarrifa labora en la Alcaldía Municipal de Soledad en el cargo denominado Profesional, código 219, grado 6, adscrito a la Planta Global de la Administración Central de Soledad desde el 19 de agosto de 1994.

Por su parte el Fondo Nacional del Ahorro el 16 de septiembre de 2013 certificó que la demandante se encuentra afiliada a dicho fondo desde hace 42 meses (f. 143).⁶

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de 8 de junio de 2006, Radicación número: 15001-23-31-000-2000-02249-01(8593-05), Actor: *Ana Nemira Bernal Avila*, C.P.: Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado.

⁶ A folio 20 obra formulario de solicitud de afiliación ha dicho fondo del año 2005. No obstante, la certificación de fecha posterior indica que desde su afiliación a la fecha de expedición de la misma habían transcurrido 42 meses.

De las pruebas aportadas, se infiere que la actora es beneficiaria del régimen retroactivo de cesantías previsto por la Ley 6ª de 1945 y demás normas complementarias, toda vez que su vinculación laboral se dio antes de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, y examinado el expediente, no existe prueba alguna de que haya manifestado su deseo de optar por el régimen anualizado, ni adelantado alguno de los trámites subsiguientes exigidos por el Decreto 1582 de 1998 para su traslado, además, el mencionado Decreto no prevé la posibilidad de un cambio tácito de régimen, por cuanto esta es una actuación voluntaria del servidor⁷.

Ahora bien, se encuentra probado que la demandante se afilió al Fondo Nacional del Ahorro en el año 2005, aunque no se tenga certeza de la fecha exacta, en razón a que la certificación expedida por dicha entidad no lo indica, situación que implica que el empleador realizara sus aportes en la forma prevista en el artículo 6º de la Ley 432 de 1998⁸, de conformidad con el párrafo del artículo 1º del Decreto 1582 de 1998, que dispone: *“Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de 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.”*⁹

Adicionalmente, el artículo 5º de la misma Ley 432 de 1998, referido a la afiliación de servidores públicos al Fondo Nacional de Ahorro prevé en el 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”*, mandato del cual se infiere que pese a que los aportes sean efectuados por la entidad

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de 9 de julio de 2009, Radicación número: 760012331000200203287-01 (1489-01), Actor: *Marta Cecilia De Fátima Jaramillo Mejía, C.P.* Dr. Alfonso Vargas Rincón.

⁸ Modificado por el artículo 193 del Decreto 19 del 10 de enero de 2012 *“Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”*.

⁹ En este mismo sentido ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 22 de julio de 2014, Radicación número: 66001-23-33-000-2012-00127-01 (3764-13), Actor: *Eva Edilma Cortes Tellez, C.P.* Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (E).



empleadora al Fondo, igualmente debe pagar el mayor valor que se genere para quienes conserven el régimen de retroactividad.

Así pues, se concluye que la demandante tuvo régimen retroactivo de cesantías, toda vez que no hay prueba de que haya manifestado su voluntad de acogerse al anualizado, y a partir del año 2011, la entidad le hizo las consignaciones en el Fondo Nacional del Ahorro, sin que por esta razón pueda predicarse que perdió el mencionado régimen, motivo por el cual no hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria reclamada, propia del régimen anualizado, pues claramente, la demandante no es beneficiaria del mismo.

Adicionalmente, debe precisarse que si bien los documentos allegados al plenario prueban que la accionante se afilió al Fondo Nacional del Ahorro, ese solo hecho no conlleva el cambio de régimen del retroactivo al anualizado, pues como antes se dijo, el mismo Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998, en el artículo 2º, prevé la posibilidad de que las entidades administradoras de cesantías administren en cuentas individuales, los recursos destinados al pago de cesantías de los servidores públicos del orden territorial cobijados por el régimen de retroactividad.

En consecuencia, para que opere el cambio de régimen retroactivo de cesantías al anualizado del servidor territorial vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, es preciso que le manifieste expresamente a la administración dicha determinación, de no ser así, su afiliación a un fondo creado en virtud de la Ley 50 de 1990 tan solo implica el cambio de administrador de dichos recursos, como en efecto ocurrió en el caso *sub júdice*.

En conclusión, para la Subsección resulta claro que la actora es beneficiaria del régimen retroactivo de cesantías, en los términos de la Ley 6ª de 1945 y demás normas complementarias, el cual conservó pese a que en el año 2005 se afilió al Fondo Nacional del Ahorro, y con ello la liquidación del auxilio se regula por lo

dispuesto en el artículo 6º de la Ley 432 de 1998, y en consecuencia, no es viable el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías, pues esta es propia del régimen de cesantía anualizado.

Decisión de segunda instancia.

Por lo expuesto la Sala considera que se impone confirmar la sentencia de primera instancia, proferida el 31 de octubre de 2014 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que denegó las pretensiones de la demanda.

Reconocimiento de Personería

Se reconoce personería al doctor Charles Chapman López identificado con c.c. 72.224.822 de Barranquilla y T.P. 101.847 del C.S. de la J., como apoderado del Municipio de Soledad – Atlántico, en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual obra a folio 250 del expediente.

Así mismo, se reconoce personería al doctor Misael Triana Cardona identificado con c.c. 80.002.404 de Bogotá y T.P. 135.830 del C.S. de la J., como apoderado del Municipio de Soledad – Atlántico, en los términos y para los efectos de la sustitución al poder conferido por el doctor Charles Chapman López, el cual obra a folio 261 del expediente.

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

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia proferida el treinta y uno (31) de octubre de dos mil catorce (2014) por el Tribunal Administrativo



del Atlántico, en el proceso que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora Ruth del Carmen Canchila Tarrifa contra el Municipio de Soledad (Atlántico), por medio de la cual denegó las pretensiones de la demanda.

Segundo: Se reconoce personería al doctor Charles Chapman López identificado con c.c. 72.224.822 de Barranquilla y T.P. 101.847 del C.S. de la J., como apoderado del Municipio de Soledad – Atlántico, en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual obra a folio 250 del expediente.

Así mismo, se reconoce personería al doctor Misael Triana Cardona identificado con c.c. 80.002.404 de Bogotá y T.P. 135.830 del C.S. de la J., como apoderado del Municipio de Soledad – Atlántico, en los términos y para los efectos de la sustitución al poder conferido por el doctor Charles Chapman López, el cual obra a folio 261 del expediente.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ



LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO