



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

CONSEJERA PONENTE: DOCTORA SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D. C., veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.-
Radicación: 08001233100020110124101.-
Interno: 4269-2013.-
Actora: LILIANA DEL SOCORRO CASALINS MONTENEGRO.-
Accionado: MUNICIPIO DE SABANAGRANDE (ATLÁNTICO).-
Tema: SANCIÓN MORATORIA.-
Decisión: CONFIRMA PARCIALMENTE SENTENCIA EN CUANTO NEGÓ EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA PREVISTA EN LA LEY 50 DE 1990, SALVO NUMERAL PRIMERO QUE DECLARÓ PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN PROPUESTA POR EL MUNICIPIO DE SABANAGRANDE, EL CUAL SE REVOCA.-

FALLO SEGUNDA INSTANCIA – DECRETO 01 DE 1984

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida el 24 de mayo de 2013 por el Tribunal Administrativo



de Atlántico – Subsección de Descongestión que declaró probada la excepción de prescripción de la obligación reclamada, propuesta por la entidad accionada y negó las pretensiones de la demanda presentada por la señora LILIANA DEL SOCORRO CASALINS MONTENEGRO.

ANTECEDENTES

LILIANA DEL SOCORRO CASALINS MONTENEGRO presenta demanda, en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo – *Decreto 01 de 1984*, con el objeto de que se declare la nulidad del Oficio No. 200-101-11 de 25 de abril de 2011 expedido por el Alcalde Municipal de Sabanagrande, mediante el cual niega la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria derivada de la no consignación oportuna de las cesantías al fondo al cual se encuentra afiliada, así como del Oficio No. 200-108-11 de 10 de mayo de 2011, en el que la autoridad municipal al resolver el recurso de reposición, confirma la decisión.

A título de restablecimiento del derecho, solicita condenar al municipio de Soledad al pago de la sanción por mora contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable por disposición del Decreto 1582 de 1998 que reglamentó la Ley 344 de 1996, por la omisión en la consignación del auxilio de cesantía desde la fecha de su ingreso a la entidad territorial, esto es, el 2 de enero de 1995 hasta el año 2007.



FUNDAMENTOS FÁCTICOS¹.-

La señora Liliana del Socorro Casalins Montenegro señaló que labora en el Municipio de Sabanagrande en el cargo de Técnico Administrativo – Código 367 – Grado 03, desde el 2 de enero de 1995 hasta la fecha de presentación de la demanda.

Manifestó que pese a que en el año 2000 se produjo su afiliación al Fondo Administrador de Cesantías Colfondos S.A., la Alcaldía de Sabanagrande no ha consignado dentro del término establecido en la Ley 344 de 1996 reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, el auxilio de cesantía desde la fecha de su ingreso a la entidad territorial.

Informó que el 12 de abril de 2011 presentó reclamación administrativa a la entidad para efecto de obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y a través del acto acusado se negó la petición, con fundamento en que la administración municipal de Sabanagrande no contaba con la disponibilidad presupuestal para efectuar este pago.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN².-

Se invocaron como normas desconocidas el artículo 53 de la Constitución Política; artículo 99 de la Ley 50 de 1990; artículo 13 de la Ley 344 de 1996; y artículo 1º del Decreto 1582 de 1998.

¹ Folios 2 a 4 del plenario.

² Que obra a folios 4 y 5 del plenario.



A juicio de la demandante, la entidad territorial incumplió la obligación contenida en las disposiciones normativas que establecen el régimen anualizado de liquidación de las cesantías, el cual previó que la entidad pública empleadora deberá hacer una liquidación definitiva de las cesantías por la anualidad o fracción correspondiente y consignarlas antes del 15 de febrero del año siguiente a su causación, por ende, debido a la conducta omisiva de la administración municipal de Sabanagrande, hay lugar al reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA³.-

El municipio de Sabanagrande contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que los derechos reclamados se encuentran parcialmente prescritos, puesto que pretende el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías correspondiente a los años 1993 a 2007 y solo elevó reclamación ante la entidad territorial demandada el 30 de abril de 2011 (sic)⁴, cuando ya se había configurado el fenómeno jurídico de la prescripción.

Indicó que el eje central de la controversia se concreta en establecer si hay lugar al pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 2º de la Ley 244 de 1995 (sic) y en el presente caso la demandante no tiene derecho a lo

³ Folios 71 a 75 del plenario.

⁴ Fue presentado el 12 de abril de 2011, según se observa a folio 14 del expediente.

deprecado, comoquiera que la norma citada solo es aplicable en el evento en que haya cesado la relación laboral, por cuanto se trata de la liquidación de las cesantías definitivas, al paso que en el escrito de la demanda, la actora manifiesta que actualmente se encuentra vinculada al municipio demandado.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁵

El Tribunal Administrativo del Atlántico – Subsección de Descongestión, a través de sentencia de 24 de mayo de 2013, declaró probada la excepción de prescripción de la obligación reclamada, propuesta por la entidad demandada y negó las súplicas de la demanda.

El A-quo argumentó que “(...) si la demandante se acogió al régimen anualizado de cesantías que entró a regir para los empleados del orden territorial a partir de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, las cesantías de aquella debieron ser consignadas por cada anualidad, a más tardar el 15 de febrero del año siguiente, (...).

No obstante lo anterior, debido a que la actora elevó la petición el 12 de abril de 2011 ante el Alcalde Municipal de Sabanagrande, por medio de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en la Ley 344 de 1996 que remite a lo dispuesto en la Ley 50 de 1990, es claro que operó la prescripción trienal de las prestaciones para cada una de las anualidades reclamadas, conforme al artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

⁵ Folios 112 a 116 del expediente.



EL RECURSO DE APELACIÓN.-

La parte demandante⁶

El apoderado judicial de la parte actora, manifiesta que el Alcalde del municipio de Sabanagrande, según el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, está obligado a realizar la consignación de las cesantías con anterioridad al 15 de febrero del año siguiente en la cuenta individual del empleado en el Fondo Administrador de Cesantías que este seleccione a discrecionalidad, razón por la cual no hay lugar a declarar la prescripción, en la medida en que ello conlleva a un enriquecimiento sin causa.

Arguye que a la fecha de presentación de la demanda, el vínculo laboral entre la señora Casalins Montenegro con el ente territorial accionado se encontraba vigente y se afilió al Fondo Administrador de Cesantías Colfondos S.A., pero dado que lo que solicita es el pago de la sanción moratoria correspondiente a los años 1995 a 2007, se genera la existencia de 2 regímenes: *“(...) como son las cesantías retroactivas y las cesantías anualizadas: las cesantías retroactivas han debido ser canceladas en el momento en que mi mandante renuncia a la retroactividad de sus cesantías y se afilia al nuevo régimen de cesantías anualizadas.”*⁷

⁶ Folios 117 a del expediente.

⁷ Folio 121 del plenario.



Insiste en que si bien la actora se vinculó a la administración municipal demandada desde el 2 de enero de 1995, desde que se produjo su afiliación a Colfodos S.A., omitió realizar la consignación de las cesantías, situación que deviene en la obligación de pagar la sanción moratoria pretendida.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO⁸

La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto y solicitó revocar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en que las cesantías son exigibles por parte del trabajador al momento de la terminación del vínculo laboral, por lo que el término de prescripción empieza a correr a partir del día siguiente a la terminación de la relación de trabajo, inclusive tres años después del 15 de febrero del año posterior a su finalización.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico.-

De acuerdo con los motivos de oposición expuestos contra la sentencia de primera instancia por la parte actora y el Ministerio Público, consiste en determinar si la demandante, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora en la consignación del auxilio de cesantía prevista en el

⁸ Folios 135 a 139 del expediente.



numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, para los años 1998 a 2008, por encontrarse afiliada al Fondo Nacional del Ahorro como entidad administradora de sus cesantías.

En caso afirmativo, se deberá analizar si operó el fenómeno jurídico de la prescripción respecto de las vigencias reclamadas.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará el análisis de los siguientes aspectos: (i) El marco legal del auxilio de cesantías en el sector público; (ii) antecedentes jurisprudenciales; y (iii) Del caso concreto.

Marco legal del auxilio de cesantías en el Sector Público.

El auxilio de cesantía es una prestación social que debe pagar el empleador al trabajador por los servicios prestados, con la finalidad de que atienda sus necesidades básicas en el evento en que llegare a quedar cesante.

El auxilio de cesantías se encuentra regulado en Ley 6ª de 1945⁹, que en su artículo 17 previó entre otras esta prestación, de la cual serían destinatarios los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, teniendo en cuenta el tiempo prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942.

A su vez, el parágrafo del artículo 1º de la Ley 65 del 20 de diciembre de

⁹ “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo”.



1946 *“Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras”*, extendió dicho beneficio a los trabajadores del orden territorial y a los particulares, cuando dispuso:

“Artículo 1º.- 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 en los términos del artículo 22 de la Ley 6 de 1945, y a los trabajadores particulares”.

Por su parte, el Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947 *“Sobre auxilio de cesantía”*, en su artículo 1º reiteró el anterior precepto normativo, a saber:

“Artículo 1º.- Los empleados y obreros al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tienen derecho a un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos, y proporcionalmente por las fracciones de año, cualquiera que sea la causa de su retiro y a partir del 1 de enero de 1942.”

Posteriormente, con la expedición del Decreto 3118 de 1968¹⁰, se creó el Fondo Nacional de Ahorro como un establecimiento público, vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico y entre otras disposiciones, se inició la eliminación de la retroactividad de la cesantía, especialmente en la Rama Ejecutiva Nacional, para instituir la liquidación anual de las cesantías,

¹⁰ *“Por el cual se crea el Fondo Nacional de Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones”*.



comoquiera que en su artículo 27 contempló que 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 liquidarían la cesantía que de forma anual se causara en favor de sus trabajadores o empleados. Dicha liquidación, según esta norma, tiene carácter definitivo y no podrá ser revisada aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.

A diferencia de las entidades públicas del orden nacional en la cuales se dio paso a un sistema de liquidación anual de acuerdo con lo establecido en el Decreto 3118 de 1968, en el nivel territorial, el auxilio de cesantía permaneció regulado de conformidad con la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

Las normas citadas consagran el carácter retroactivo del régimen de cesantías, sistema en el que se tenía en cuenta el último sueldo devengado por el servidor público para efectos de liquidar la prestación por todo el tiempo de servicio.

Con la expedición del Decreto 1045 de 1978¹¹, se fijaron las reglas generales para la aplicación de las prestaciones de los empleados públicos y los trabajadores oficiales del sector nacional, entre los cuales se encuentra el

¹¹ *“Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.”*



reconocimiento del auxilio de cesantía y se regularon los factores salariales base de liquidación, así:

“Artículo 40.- Del auxilio de cesantía. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía se sujetará a lo dispuesto en las normas legales o convencionales sobre la materia.

(...)

Artículo 45.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.” (Se resalta)

En el año 1990, con ocasión de la expedición de la Ley 50 “*Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones*”, fue modificado el sistema de liquidación, reconocimiento y



pago de cesantías en el sector privado, a través de los denominados fondos de cesantías, puesto que de conformidad con el artículo 99 de la disposición, se preceptuó el régimen anualizado, en el cual el empleador al 31 de diciembre de cada año debe liquidar las cesantías por la anualidad o fracción consignando el valor correspondiente al fondo de cesantías al que se encuentre afiliado el empleado, así:

“Artículo 99º.- 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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo. (...).”

El régimen retroactivo de cesantías contempla la posibilidad de liquidar la prestación por todo el tiempo de servicios, con base en el último sueldo devengado por el servidor público; al paso que el régimen anualizado establecido en la Ley 50 de 1990, comprende no solamente el auxilio de cesantía sino también el pago de los intereses sobre las cesantías, cuyo fin es la protección contra la depreciación monetaria, así como una contribución a la solución del problema de vivienda y educación de los trabajadores



afiliados.

El sistema de liquidación anualizada del auxilio de cesantía se hizo extensivo a los servidores públicos del orden territorial a partir de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996 *“Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”*¹², esto es, el 31 de diciembre de 1996.

El artículo 13 de la Ley 344 de 1996 que continuó el proceso de desmonte de la retroactividad de las cesantías y amplió la liquidación anual de éstas a todas las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado (Ramas Legislativa y Ejecutiva)¹³, tiene el siguiente contenido literal:

“(…) 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; (...).”

El artículo 13 *ibídem* estableció el nuevo régimen de cesantías anualizado y el sistema a aplicar para los servidores públicos vinculados o que se vincularan a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que fuera su nivel (nacional, departamental, municipal o distrital).

¹² Publicada en el Diario Oficial No. 42.951 de 31 de diciembre de 1996.

¹³ Excepto el personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.



La pluricitada Ley 344 de 1996 fue reglamentada por el Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998¹⁴, vigente a partir del 10 de agosto del mismo año, en cuyo artículo 1º estipuló:

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

La Ley 432 de 1998¹⁵ por la cual se reorganizó el Fondo Nacional del Ahorro¹⁶, en su artículo 5º permitió que el personal vinculado al sector territorial pudiera afiliarse a este Fondo para que administrara sus cesantías, reconociera los intereses y protegiera dicha prestación contra la pérdida de valor adquisitivo. Señaló el referido artículo lo siguiente:

“Artículo 5º. Afiliación de servidores públicos. 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 del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989.

¹⁴ “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”.

¹⁵ “Por la cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones.”

¹⁶ Transformó el Fondo Nacional del Ahorro en Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico.

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.”.

El Decreto 1582 de 1998¹⁷ por medio del cual el Presidente de la República reglamentó parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5º de la Ley 432 de 1998 con relación a los servidores públicos del nivel territorial, adoptó en su totalidad el régimen de liquidación de cesantías anualizado de la Ley 50 de 1990 para quienes se afiliaran a los Fondos Privados de Cesantías y señaló el procedimiento y los efectos para los empleados que pertenecieran al régimen de liquidación con retroactividad, pero que optaran por acogerse al régimen de liquidación anualizado. Para el efecto indicó:

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

Parágrafo.- 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.

Artículo 3º.- **En el caso de servidores públicos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen**

¹⁷ “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.”



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 (...)." (Se destaca)

De conformidad con las disposiciones transcritas, se infiere que existen tres sistemas de liquidación y manejo de cesantías para los servidores públicos del orden territorial, a saber:

i) **Sistema retroactivo**, donde las cesantías se liquidan con base en el último sueldo devengado, sin lugar a intereses. Se rige por la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan y es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996.

El Decreto 1582 de 1998 contempló igualmente en el artículo 2º, la posibilidad de que los fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990 administren 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, lo cual sería realizado mediante convenios suscritos entre los empleadores y los mencionados



fondos, con precisión clara de las obligaciones de las partes, con especificación de la periodicidad de los aportes por la entidad pública y la responsabilidad de la misma por el mayor valor resultante de la retroactividad de las cesantías.

ii) **De liquidación definitiva anual** y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, el cual incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador y cobija a las personas vinculadas a estos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del Decreto 1582 de 1998, inclusive aquellos funcionarios que se hubieren vinculado con anterioridad a la entrada en rigor de la Ley 344 de 1996, es decir, cobijados con régimen de retroactividad pero que decidieren acogerse al previsto en dicha disposición legal previa manifestación expresa a su empleador de optar por el régimen anualizado.

iii) **Sistema del Fondo Nacional de Ahorro**, que cobija a los servidores públicos que a él se afilien, contempla la liquidación anual de cesantías y no la sanción por mora en la consignación del valor de las cesantías, sino el cobro de intereses moratorios a favor del Fondo, así como la protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

Antecedentes Jurisprudenciales.-

La Sección Segunda – Subsección B de esta Corporación, en sentencia de 24 de julio de 2008, con ponencia del Doctor Jesús María Lemos

Bustamante¹⁸, estudió el asunto relativo al tópico examinado, esto es, si los servidores públicos vinculados a las entidades territoriales con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, a efectos de trasladarse del sistema retroactivo al régimen especial de cesantía previsto en la Ley 50 de 1990, requieren de la manifestación de voluntad expresa a la administración en este sentido o si es suficiente la afiliación a un fondo privado de cesantías. Al respecto señaló:

“(…) los servidores públicos del nivel territorial cobijados por el sistema tradicional de retroactividad, esto es, los vinculados antes de la expedición de la ley 344 de 1996, a quienes se les dio la opción de afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro, caso en el cual los aportes al mismo se realizan por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 60. de la Ley 432 de 1998; **o de afiliarse a las entidades administradoras de cesantías creadas por la ley 50 de 1990, en orden a que estas “administren” en cuentas individuales los recursos para el pago de sus cesantías (artículos 1, parágrafo, y 2º). Debe entenderse que quien se acoge a esta última opción no pierde el beneficio de la retroactividad; simplemente lo que opera es un cambio de administrador para el manejo de la prestación pues tal función deja de ser prestada por la entidad empleadora o el fondo público de cesantías para pasar a ser ejercida por un fondo privado.**

(…)

Está demostrado que la actora era beneficiaria del régimen de cesantías retroactivas, se trasladó a Colfondos para que este administrara su prestación y nunca fue su intención renunciar al régimen que la cobijaba sino cambiar de administrador. En estas condiciones su situación quedó subsumida en el inciso primero del artículo 2 del decreto 1582 de 1998 y, por ende, debe entenderse que lo que operó fue un traslado de la entidad encargada de administrar las cesantías, sin que su régimen de retroactividad hubiera sufrido alguna modificación.” (Se destaca)

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda – Subsección B. Sentencia de 24 de julio de 2008. Rad. No. 25000-23-25-000-2001-00798-01(2471-04). C.P.: Dr. Jesús María Lemos Bustamante.



A idénticas conclusiones arribó la Sección Segunda - Subsección A mediante fallo de 11 de julio de 2013, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón¹⁹, en la que al resolver en segunda instancia una acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho cuyo actor fue vinculado con anterioridad a la Ley 344 de 1996, solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, sin la manifestación expresa de acogerse al régimen anualizado. Para resolver consideró:

“En el expediente, quedó demostrado que la vinculación del actor se efectuó con anterioridad a la Ley 344 de 1996, y por esta razón en principio no le era aplicable el régimen previsto en la citada normatividad, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, salvo que decidiera acogerse al mismo, lo cual no se vislumbra del material probatorio allegado al plenario.

Pese a que el actor manifiesta que de las reclamaciones que elevó ante la entidad territorial, se entiende que esta incumplió con su deber de afiliarlo a un Fondo de cesantías, revisadas las mismas se tiene que no expresó su intención de acogerse.

(...)

En efecto, solo con la tercera reclamación presentada el 2 de junio de 2005, solicitó específicamente el pago de las cesantías parciales e intereses correspondientes al período comprendido entre el 17 de enero de 1996 al 31 de diciembre de 2000 al Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte, pero comoquiera que con antelación a esta petición al interior del proceso no existe prueba, respecto a desde cuando el actor se acogió por los años **reclamados al régimen anualizado de cesantías, cualquier análisis en torno a la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 es impertinente, por cuanto no se puede derivar el incumplimiento de la entidad sin la manifestación expresa del actor de acogerse al nuevo régimen, y por tal razón se negarán las súplicas de la demanda**”. (Negrillas y subrayas de la Sala).

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de 11 de julio de 2013. Rad. No. 70001-23-31-000-2008-00126-01(0259-12). C.P.: Dr. Alfonso Vargas Rincón.



En un caso similar al que es objeto de estudio, esta Corporación reiteró en sentencia de 26 de noviembre de 2015²⁰, que aquellos funcionarios que se hubieren vinculado con anterioridad a la entrada en rigor de la Ley 344 de 1996, es decir, cobijados con régimen de retroactividad y que decidieran acogerse al previsto en dicha disposición legal deben manifestar su deseo de optar por el régimen anualizado, de conformidad con el Decreto 1582 de 1998, puesto que la norma no prevé la posibilidad de un cambio tácito de régimen, por cuanto esta es una actuación voluntaria del servidor²¹.

Del análisis del caso concreto.

La Sala procede al estudio del cargo que la parte demandante en calidad de apelante único formuló contra la sentencia de primera instancia, el cual se concreta en que en el *sub-lite* no se configuró la prescripción, por cuanto el Alcalde municipal de Sabanagrande, según el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, está obligado a realizar la consignación de las cesantías con anterioridad al 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual del empleado en el Fondo Administrador de Cesantías al que se hubiere realizado la afiliación, razón por la cual pese a lo ordenado por el *A-quo* que negó las pretensiones de la demanda, la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria desde el 2 de enero de 1995

²⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de. Rad. No. 70001-23-31-000-2008-00126-01(0259-12). C.P.: Dr. Alfonso Vargas Rincón.

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de 26 de noviembre de 2015. Rad. No. 080012331000201100752 01 (1528-2014). C.P.: Dr. William Hernández Gómez.



hasta el año 2007, puesto que de lo contrario, se genera un enriquecimiento sin causa.

Con el fin de determinar la forma de liquidación y pago que debía ser efectuada por la entidad territorial accionada respecto de las cesantías de la señora Casalins Montengero, es necesario de determinar el régimen legal que frente a este punto, regula la situación jurídica de la demandante, para lo cual la Sala realizará las siguientes precisiones:

En el presente caso, se encuentra acreditado y no es objeto de debate que la señora Liliana del Socorro Casalins labora en la Alcaldía Municipal de Sabanagrande en el cargo de Técnico Administrativo – Código 367 - Grado 03, a partir del 2 de enero de 1995²².

Así mismo, se observa prueba testimonial practicada al interior de este proceso por los señores Alberto Mario Locarno Carrillo y Adalberto Ramón Giovannetti Durán sobre los hechos que fundamentan la demanda. Al respecto, bajo la gravedad de juramento manifestaron:

- Testimonio rendido por el señor Alberto Mario Locarno Carrillo:

“Se ha generado el proceso porque se ha instaurado demanda sobre las cesantías que nos debe la Alcaldía de Sabanagrande, ella ingresó a trabajar el día 2 de enero de 1995 en el cargo de auxiliar de técnico administrativo 3, (...) está afiliada al fondo de cesantías Colfondos desde el año 2000 a través del municipio de Sabanagrande, se ha procedido a instaurar la demanda ya

²² De acuerdo con la certificación expedida por un Técnico Administrativo con funciones de Talento Humano de la Alcaldía Municipal de Sabanagrande, que obra a folio 104 del expediente.



que no le cancela ni la cesantía ni la sanción moratoria a nuestra compañera,
(...)

- Testimonio rendido por el señor Adalberto Ramón Giovannetti Durán:

“(...) ella entró a trabajar en enero 2 de 1995, en la Secretaría de Hacienda como Técnico Administrativo 3, el proceso se refiere a una sanción moratoria que anteriormente los alcaldes por negligencia no cancelaron las cesantías pero en estas últimas administraciones nos cancelaron desde el año 2008 hasta la presente, pero el año pasado (2011) nos cancelaron las correspondientes al año 2007, ella está afiliada a Colfondos desde el año 2000(...)”

Obra en el expediente, certificación expedida por la Analista de Mantenimiento de Cuentas de la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., en el que hace constar que la actora *“presenta cuenta activa bajo el empleador Alcaldía Municipal de Sabanagrande”*²³ y a su vez aportó el extracto individual de esta servidora pública²⁴, el cual se resume a continuación:

Descripción	Fechas
Consignaciones cesantías:	{ 13/02/2009 11/02/2011 22/06/2011
Retiro parcial vivienda:	{ 29/04/2009 05/05/2009
Consignación traslado:	{ 09/03/2010 02/03/2012

²³ Según se observa a folio 88 del plenario, certificación de 2 de mayo de 2012.

²⁴ Folio 89 del expediente.



De acuerdo con las pruebas documentales que obran en el expediente y comoquiera que la vinculación laboral de la actora con la entidad territorial demandada, acaeció con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, se infiere que la demandante es beneficiaria del régimen retroactivo de cesantías previsto entre otras disposiciones concordantes, por el literal a) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 y el artículo 1º de Decreto 2767 de 1945, normatividad que impone a las entidades el deber de liquidar dicha prestación de los empleados con base en el último sueldo devengado, por todo el tiempo de servicios.

De allí, que en principio no le era aplicable a la señora Casalins Montenegro el sistema anualizado regulado en la Ley 344 de 1996 reglamentada por el Decreto 158 de 1998, salvo que decidiese acogerse al mismo y en tal sentido manifestara de forma expresa su voluntad a la entidad pública con el fin de que la entidad territorial realizara la liquidación definitiva de las cesantías a la fecha de la solicitud de traslado y entregara dicho valor a la administradora seleccionada por el empleado.

Al respecto, la peticionaria deprecó en la reclamación administrativa elevada ante la entidad territorial demandada²⁵, la consignación inmediata de las cesantías causadas desde el año 1995 hasta el año 2007, así como el pago

²⁵ Petición de 12 de abril de 2011. Folio 14 del expediente.



de la sanción moratoria causada por el incumplimiento de la consignación de las cesantías por parte de la Alcaldía Municipal de Sabanagrande.

Así mismo, en el recurso de reposición y en subsidio de apelación interpuesto contra el acto administrativo que negó la anterior solicitud, señaló su desacuerdo en los siguientes términos: *“Decir que solamente se reconocerá el pago de las cesantías generadas en años anteriores y no la sanción moratoria que se causó por la no consignación oportuna de éstas, es sin duda, una actitud que desatina los derechos que me asisten.”*²⁶.

Es así como del contenido de la solicitud y de la impugnación ante el Alcalde Municipal de Sabanagrande, no se evidencia que la señora Liliana del Socorro Casalins hubiere manifestado su voluntad de acogerse al nuevo sistema o su renuncia al beneficio de la retroactividad.

El mandatario judicial de la parte actora en el escrito de impugnación contra la sentencia dictada en primera instancia, señaló que las cesantías debieron ser consignadas en el momento en que la actora renunció a la retroactividad de sus cesantías; no obstante, dentro del proceso no existe prueba con fundamento en la cual se establezca desde cuándo la actora se acogió al régimen anualizado de cesantías.

Ahora bien, de la prueba testimonial allegada al proceso no se establece el régimen al cual se encontraba afiliada la demandante. Además, en caso de que tal hecho fuera afirmado en las declaraciones testimoniales practicadas,

²⁶ Folio 19 del expediente.



este medio de prueba dentro del *sub-exámine* se torna impertinente, toda vez que no lleva a la Sala a la certeza o conocimiento de los hechos que se relatan en la demanda o en su contestación. En otras palabras, no cumplen con el objetivo de soportar las pretensiones o las razones de la defensa, si se tiene en cuenta que el mecanismo idóneo para acreditar el supuesto fáctico que se afirma es la prueba documental.

De lo expuesto, es claro que no existe prueba alguna de que la demandante haya manifestado su deseo de optar por el régimen anualizado, ni que haya adelantado alguno de los trámites exigidos por el Decreto 1582 de 1998 para su traslado, por lo que se entiende que operó un cambio de administrador de los recursos para el pago de las cesantías de una servidora pública del nivel territorial que se encuentra bajo el sistema tradicional de retroactividad conforme al artículo 2 *ibídem*, sin que su régimen hubiera sufrido alguna modificación como de manera desacertada lo entiende la parte actora, al considerar que con el cambio de administrador de cesantías realizado, modificó la anualidad en el sistema de liquidación y pago de la referida prestación.

Para la Sala resulta claro entonces que la demandante es beneficiaria del régimen retroactivo de cesantías, en los términos de la Ley 6º de 1945 y demás normas complementarias. En consecuencia, cualquier análisis en torno a la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 así como la prescripción de la misma es impertinente, por cuanto no se puede derivar el incumplimiento de la entidad sin la manifestación expresa de la accionante de acogerse al nuevo régimen.



Es pertinente señalar que si bien la Ley 244 de 1995²⁷ y la Ley 1071 de 2006²⁸, prevén una sanción moratoria, ésta se configura por el incumplimiento del término para el reconocimiento de las cesantías o el pago que se hiciera de manera tardía directamente al empleado afiliado, cuando solicita su retiro parcial o definitivo y no por la omisión en la consignación en el fondo privado de cesantías.

Ahora bien, la Sala debe precisar que el *A quo* omitió en el presente declaró la prescripción de la sanción moratoria reclamada y con fundamento en ello, negó las pretensiones de la demanda, sin que previo a ello analizara en primer lugar, el régimen de cesantías de la señora Casalins Montenegro puesto que no estableció con diametral claridad si la demandante se acogió al régimen anualizado o si era beneficiaria del sistema retroactivo y en consecuencia, si le asistía el derecho a lo deprecado a través de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, para que luego de ello, procediera a efectuar el estudio acerca del fenómeno jurídico de la prescripción a partir de la exigibilidad de la obligación, en caso de que le asistiera el derecho a lo reclamado.

Así las cosas, la Sala con fundamento en los argumentos expuestos, se ace imperioso confirmar parcialmente la sentencia de 24 de mayo de 2013,

²⁷ “Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

²⁸ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”



proferida por el Tribunal Administrativo de Atlántico – Subsección de Descongestión, en cuanto negó las súplicas de la demanda interpuesta por la señora Liliana del Socorro Casalins Montenegro contra el municipio de Sabanagrande, con excepción del numeral primero de la parte resolutive que declaró probada la excepción de prescripción de la sanción moratoria para las vigencias reclamadas, el cual será revocado, toda vez que si se confirma la decisión que deniega las pretensiones de la demanda por las razones expuestas, no hay lugar a efectuar pronunciamiento alguno respecto de dicha excepción.

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,

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de 24 de mayo de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Atlántico – Subsección de Descongestión, en cuanto negó las súplicas de la demanda interpuesta por la señora Liliana del Socorro Casalins Montenegro contra el municipio de Sabanagrande, con excepción del numeral primero de la parte resolutive, mediante el cual se declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad territorial demanda, el cual se REVOCA, por los razonamientos expuestos en la parte motiva de esta providencia.



SEGUNDO: Por Secretaría de la Sección Segunda, devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

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

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ (E)

CARMELO PERDOMO CUÉTER