



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

Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez

Bogotá D.C., 15 de marzo de 2018

Radicación: 08001-23-33-000-2012-00141-02
Número interno: 3984-2015
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Beturia Isabel Rocha Suárez
Demandado: Municipio de Malambo, Atlántico

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-030-2018

ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 4 de agosto de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico que denegó las pretensiones de la demanda.

LA DEMANDA¹

La señora Beturia Isabel Rocha Suárez, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, demandó al municipio de Malambo, Atlántico.

¹ Folios 1 a 10 del expediente

Pretensiones.

1. Se declare la nulidad del acto administrativo de fecha 22 de marzo de 2012, por medio del cual la entidad demandada negó a la señora Rocha Suárez el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista por la Ley 344 de 1996, por el retardo en la consignación y auxilio de cesantías de forma anualizada.

A título de restablecimiento del derecho solicitó lo siguiente:

2. Reconocer y pagar la sanción moratoria establecida en la Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, que a su vez remite a los artículos 99 a 104 de la Ley 50 de 1990, desde la omisión de la consignación del auxilio de forma anualizada de 1999 y hasta la fecha en que se produzca la consignación de dicho auxilio, así como de los posteriores que se han dejado de consignar en forma oportuna, respecto de los años 2007 a 2011.
3. Reconocer, liquidar y pagar la sanción moratoria en forma anualizada desde el 14 de febrero del año siguiente a la causación del auxilio de cesantías hasta la fecha en que se produzca la consignación por dicho concepto, para lo cual deberá tomarse la suma de \$35.1269.00, valor del salario diario que devenga la señora Beturia Isabel, multiplicado por la cantidad de días de mora y retardo en el pago.
4. Ordenar en la sentencia que se actualicen los valores condenados de acuerdo al IPC con sus respectivos intereses.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.²

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo³.

En el presente caso a folio 55 a 56 y cd que obra a folio 57, en la etapa de excepciones previas se indicó lo siguiente:

«[...] Propuso la parte demandada la excepción de Prescripción (folio 65), para lo cual la Magistrada manifiesta que se le dio traslado a la parte demandante de las excepciones el día (1ero de Febrero de 2013), quien no se pronunció (sic) al respecto. Procede la Magistrada a resolver la excepción planteada: la base para resolver es la jurisprudencia del Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B- M.P. Víctor

² Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. (2015) EJRLB.

³ Ramírez Jorge Octavio, consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. EJRLB.

Fernando Alvarado Ardila del 23 de junio de 2011- 05 001-23-31-000-2004-05321-01 (2010) Actor: José Romaña Palacio. [...] De igual manera, Sentencia del 17 de marzo de 2011 M.P. Víctor Fernando Alvarado. Con fundamento en los anteriores precedentes jurisprudenciales, el Despacho aun en la parte escritural, se ha aplicado la prescripción trienal de la sanción moratoria, la cual se cuenta hacia atrás a partir de la fecha de presentación de solicitud de reconocimiento y pago (sic) solicitud de pago por parte del demandante en la entidad. Radicada la petición el 1 de marzo de 2012, se encuentran prescritos los años anteriores al 1 de marzo de 2009. Por lo cual opero (sic) parcialmente la prescripción por la no consignación de las cesantías [...]».

La decisión quedó notificada en estrados y la parte demandante interpuso recurso de apelación, como quiera que consideró que la prescripción de las cesantías se contaba desde la desvinculación laboral tal y como lo había señalado en varias oportunidades la Corte Suprema de Justicia. La decisión proferida por el *a quo* fue confirmada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, Subsección A, mediante providencia del 28 de julio de 2014⁴.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo», porque es guía y ajuste de esta última.⁵

En el *sub lite* a folios 94 vto. y cd que obra a folio 93, el *a quo* fijó el litigio respecto de los hechos en los que había acuerdo y desacuerdo entre las partes, así como el problema jurídico de la siguiente forma:

Hechos en los que existe acuerdo según la fijación del litigio

⁴ Folios 65 a 75.

⁵ Hernández Gómez William, actualmente consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB

«[...] Que la demandante labora en el municipio en el cargo de auxiliar, desde el 12 de diciembre de 1991. Que el último salario devengado a la presentación de la demanda era de \$1.055.072. Que el 22 de marzo de 2012, la actora presentó reclamación administrativa, ante el demandado, solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de los auxilios de cesantías anualizado. Que el demandado respondió desfavorablemente la petición a la actora [...]».

Hechos en los que se presenta desacuerdo según la fijación del litigio

«[...] Que la demandante tenga derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en la ley (sic) 50 de 1990, aplicable a los empleados públicos en virtud de la ley (sic) 344 de 1996 [...]».

Problema jurídico fijado en el litigio

«[...] determinar si la parte demandante tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que contempla la ley (sic) 50 de 1990 aplicable a los empleados públicos en virtud de la ley 344 de 1996 correspondiente a los años 2009 a 2011 [...]».

La decisión quedó notificada en estrados y las partes no interpusieron recursos.

SENTENCIA APELADA⁶

El *a quo* profirió sentencia de forma escrita en la cual negó las pretensiones de la demanda, acorde a los siguientes argumentos:

Señaló que de conformidad con las pruebas aportadas al proceso, la demandante se vinculó al ente territorial en el cargo de auxiliar, adscrito a la planta global de empleados desde el 12 de diciembre de 1991 hasta la presente fecha, motivo por el cual es beneficiaria del régimen retroactivo de

⁶ Folios 124 a 132.

cesantías dispuesto en la Ley 6ª de 1945, sin que se hubiera demostrado que de manera voluntaria y expresa se acogió al régimen anualizado.

Acorde con el anterior razonamiento, afirmó que cualquier estudio sobre la sanción moratoria en virtud de la Ley 344 de 1996 resultaba improcedente, ya que no se puede predicar el incumplimiento del municipio de Malambo sin la aquiescencia expresa de la señora Beturia Isabel de acogerse a otro régimen, agregó que a pesar de advertirse en el expediente documentos inexactos de fondos administradores de pensiones, con ellos no se prueba el cambio del régimen de cesantías retroactivo al cual pertenece.

RECURSO DE APELACIÓN⁷

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitó se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, para lo cual expuso:

En primer lugar, manifestó que acorde con las pruebas aportadas al plenario se logró demostrar que la demandante se encuentra afiliada a un fondo de cesantías desde 1999, tal como consta en el convenio firmado entre el municipio de Malambo y el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección, lo que permitió que los empleados públicos de la administración municipal cambiaran del régimen de retroactividad al sistema anualizado de liquidación de cesantías previsto en la Ley 344 de 1996 y su Decreto reglamentario 1582 de 1998, sin que el juez de primera instancia haya realizado pronunciamiento al respecto.

Por otro lado, argumentó que la entidad territorial afilió además, a la demandante al fondo administrador de cesantías Colfondos y, posteriormente, a Porvenir, razón por la cual se entiende que está cobijada bajo el nuevo régimen y en consecuencia, debido a que no ha sido consignado

⁷ Folios 138 a 140.

el auxilio para las anualidades de 2007 a 2011, corresponde el reconocimiento y pago de la sanción por mora por los años señalados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes guardaron silencio en esta etapa procesal⁸.

Ministerio Público⁹:

Por su parte, la procuradora segunda delegada ante el Consejo de Estado solicitó confirmar la sentencia recurrida, con base en los siguientes argumentos:

Realizó un análisis de los 3 sistemas de liquidación y manejo de las cesantías vigentes para servidores públicos del orden territorial, para concluir que la demandante era beneficiaria del régimen retroactivo, sin que hubiese perdido dicho beneficio por haberse afiliado a una de las entidades administradoras de cesantías creadas por la Ley 50 de 1990, pues simplemente lo que opera es un cambio de administrador para el manejo de la prestación, según reiterada jurisprudencia de esta Corporación.

De otra parte, expuso que en el expediente no se encontró documento alguno con el cual la demandante demuestre que se acogió al régimen anualizado de cesantías que se implementó con la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, por tanto, no tiene derecho a la sanción moratoria.

CONSIDERACIONES

Competencia

⁸ Ver constancia secretarial obrante a folio 165.

⁹ Folios 160 a 164 vto. del expediente.

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁰, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

De igual forma, se hace necesario precisar, que de conformidad con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso¹¹, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

En ese orden, los problemas jurídicos que se deben resolver en esta instancia se circunscriben a los aspectos planteados en el recurso de apelación, los cuales se resumen en las siguientes preguntas:

Problema jurídico

1. ¿Es procedente el traslado de la demandante del régimen retroactivo de cesantías al anualizado previsto en la Ley 344 de 1996 por el hecho de que el Municipio de Malambo, Atlántico hubiera suscrito convenio de administración de pensiones y cesantías el 10 de febrero de 1999 conforme el Decreto 1582 de 1998?

En caso de respuesta afirmativa a la pregunta anterior se deberá determinar

¹⁰ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

¹¹ «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.»

lo siguiente:

2. ¿La demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 344 de 1996 por no haber sido consignado el auxilio de cesantía para las anualidades de 2008 a 2010?

Primer problema jurídico

¿Es procedente el traslado del régimen retroactivo de cesantías al anualizado previsto en la Ley 344 de 1996 de la demandante por el hecho de que el Municipio de Malambo, Atlántico hubiera suscrito convenio de administración de pensiones y cesantías el 10 de febrero de 1999 conforme el Decreto 1582 de 1998?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: No es procedente el traslado por la sola suscripción del convenio toda vez que es necesario que el trabajador comunique expresamente a su empleador el cambio de régimen de cesantías, como procede a explicarse.

Régimen de cesantías aplicable a los empleados públicos territoriales

La Ley 6ª de 1945, en el artículo 17, señaló 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 1942¹².

¹² 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. (...)

Mediante el Decreto 2767 de 1945 se determinaron las prestaciones sociales de los empleados departamentales y municipales y, 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 cesantías¹³. Y en el artículo 6º de la misma ley se señalaron las situaciones que se tendrían como despido para efectos de la liquidación del auxilio.

Por su parte, la Ley 65 del 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 definió los parámetros para la liquidación de las cesantías¹⁴.

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

A su vez, la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996, en el artículo 13 señaló que a partir de su publicación, las personas que se vinculen a las entidades del Estado, tendrían un régimen anualizado de cesantías, en virtud del cual, la liquidación definitiva de las mismas debía realizarse el 31 de diciembre de cada año.

¹³ 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.”

¹⁴ 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.

Posteriormente, se expidió el Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998, reglamentario de la anterior, que hizo extensivo el régimen anualizado de cesantías para los empleados públicos de nivel territorial e indicó 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 contemplado 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 de 1996, con régimen de retroactividad y que decidieran acogerse al previsto en dicha ley, el artículo 3º del Decreto 1582 de 1998 indicó el siguiente procedimiento:

«[...]

- 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 [...]».

El postulado transcrito, fue reiterado por esta Corporación mediante sentencia de unificación jurisprudencial de 25 de agosto de 2016¹⁵, bajo los siguientes términos:

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia del 25 de agosto de 2016, Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16, demandante: Yesenia Esther Hereira Castillo, demandado: Municipio de Soledad.

«[...] En ese orden, se puede decir que los empleados que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, están cobijados por el régimen anualizado de liquidación de cesantías, al igual que los vinculados con anterioridad pero que se hubieran acogido al régimen anualizado, y para efecto de la liquidación y pago de esa prestación se rigen por lo que en esa materia consagra la Ley 50 de 1990 y normas concordantes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 [...]»

Por su parte, el Decreto 1252 de 30 de junio de 2000, 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 [...]».

En conclusión: Mediante el Decreto 2767 de 1945 y la Ley 65 de 1946 se hizo extensivo a los empleados departamentales y municipales el régimen retroactivo de cesantías, creado para los empleados del orden nacional mediante la Ley 6ª de 1945.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 344 de 1996 se creó el régimen anualizado de cesantías, el cual, a través del Decreto 1582 de 1998 se hizo extensivo a los empleados del orden territorial que se vincularan a partir del 31 de diciembre de 1996 y para aquellos que estando antes de la citada fecha en el régimen retroactivo, se trasladaran al régimen anualizado de cesantías.

Requisitos para el traslado del régimen retroactivo al régimen 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 2.º, 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, 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, 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 [...]». (Subrayado fuera del texto original).

Por lo tanto, debido a 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 para quienes se vincularon con anterioridad a esta fecha solo aplica a quienes decidan acogerse al mismo, debe precisarse que para que opere 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 determinación¹⁶.

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 el presente caso, se encuentra acreditado y no es objeto de debate que la señora Beturia Isabel Rocha Suárez labora sin solución de continuidad en la Alcaldía Municipal de Malambo en el cargo de auxiliar desde el 12 de diciembre de 1991, tal como consta a folio 12 del expediente, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996. Por ende, se infiere que es beneficiaria del régimen retroactivo de cesantías que impone a

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", Sentencia de 9 de marzo de 2017. Radicación número: 08-001-23-33-000-2012-00338-01 (0850-2014). C.P.: William Hernández Gómez. Actor: María Cristina Sierra Thomas.

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 el sistema anualizado regulado en la Ley 344 de 1996 reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, salvo que decidiese acogerse al mismo y, en tal sentido manifestara de forma expresa su voluntad a su empleador 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.

Ahora bien, se allegó junto con el escrito de la demanda, el convenio suscrito entre la administración municipal de Malambo y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., el cual se perfeccionó el 10 de febrero de 1999 cuyo objeto consistió en la afiliación a dicho fondo de los servidores públicos regidos por el régimen de liquidación retroactiva de cesantías¹⁷. Para tal efecto, se consignaron como antecedentes:

«[...] 2. Las entidades administradoras de fondos de cesantías están autorizadas para administrar en cuentas individuales los recursos para el pago de las cesantías de los servidores del nivel territorial que se encuentren bajo el sistema de liquidación retroactiva, es decir, los vinculados antes del 31 de diciembre de 1996.

3. La entidad pública del nivel territorial y el fondo de cesantías deben celebrar un convenio para establecer las obligaciones de cada uno y fijar la periodicidad en que la entidad pública hará los aportes, en lo relacionado con los servidores con régimen retroactivo [...]».

En tal virtud, el Fondo Protección S.A. se obligó a afiliar a los empleados públicos del ente territorial cobijados por el régimen de liquidación retroactiva de cesantías y el municipio de Malambo a efectuar en este fondo la provisión correspondiente para garantizar el pago de las cesantías con

¹⁷ Folios 14 a 17.

retroactividad de cada empleado con corte a 31 de diciembre y asimismo, depositar el valor de título de deuda pública al momento en que el servidor público solicite la liquidación parcial o definitiva del auxilio de cesantía.

Igualmente, se encuentra demostrado dentro del proceso que la demandante fue afiliada a Protección S.A.¹⁸, a Porvenir S.A.¹⁹ y posteriormente, a Colfondos S.A. desde el 16 de febrero de 2012²⁰, sin que por ello se infiera que se produjo el traslado al régimen anualizado de cesantías.

Lo anterior, toda vez que las entidades administradoras de cesantías creadas por la Ley 50 de 1990 se encuentran facultadas para 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, empero, no significa que la entidad pública empleadora pueda cambiar el régimen de liquidación y pago de sus servidores públicos, puesto que como se ha señalado, se trata de una actuación voluntaria que no puede ser reemplazada en modo alguno por el empleador.

Así mismo no se evidencia que la demandante hubiere consignado su voluntad de acogerse al nuevo sistema o su renuncia al beneficio de la retroactividad, su argumento radica tanto en el libelo introductor como en el recurso de alzada que al haberse suscrito convenio entre el ente territorial y el Fondo Protección S.A., además de ser afiliada posteriormente a otras entidades privadas administradoras de cesantías por el municipio de Malambo, cambió su régimen retroactivo al anualizado.

De lo anterior, es ostensible que no se trató de una actuación voluntaria de la servidora pública demandante y el Decreto 1582 de 1998 no prevé la

¹⁸ Folio 18

¹⁹ Folio 19

²⁰ Folio 20.

posibilidad de un cambio tácito de régimen, tal como lo ha señalado esta Corporación en diversas oportunidades²¹.

En las anteriores condiciones, para la Subsección resulta claro que la demandante es beneficiaria del régimen retroactivo de cesantías, en los términos de la Ley 6ª de 1945 y demás normas complementarias.

Así las cosas, es claro que 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.

Así mismo, la afiliación de los servidores públicos territoriales a un fondo de cesantías en virtud de convenios suscritos entre los empleadores y los mencionados fondos conforme el Decreto 1582 de 1998, no implica el traslado tácito del régimen de cesantías retroactivo al anualizado, toda vez que conforme la normativa señalada las entidades administradoras de cesantías administran las cuentas individuales y los recursos destinados al pago de cesantías de los servidores públicos del orden territorial cobijados por el régimen de retroactividad.

En conclusión: La demandante labora en la Alcaldía de Malambo desde el 12 de diciembre de 1991, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, por tanto se infiere que es beneficiaria del régimen retroactivo de cesantías, sin que exista prueba alguna de que haya manifestado su deseo de optar por el régimen anualizado o que hubiese adelantado alguno de los trámites subsiguientes exigidos por el Decreto 1582 de 1998 para su traslado.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección “A”. Sentencia del 24 de julio de 2017. Radicación número: 44001 23 33 000 2013 00088 01 (1659-2015). C. P: William Hernández Gómez. Demandante: Clara Luz Parodi Linero.

Segundo problema jurídico

¿La demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 344 de 1996 por no haber sido consignado el auxilio de cesantía para las anualidades de 2007 a 2011?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: La demandante no tiene el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, con base en los siguientes argumentos:

Determinado como quedó en acápites anteriores que la demandante es beneficiaria del régimen retroactivo de cesantías, no es viable el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías, porque dicha sanción es propia del régimen de cesantía anualizada, conforme lo señala la Ley 344 de 1996, la cual, como lo ha señalado esta Corporación²² en reiterada jurisprudencia, es diferente a la sanción señalada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 que surge por el incumplimiento del término para el reconocimiento de las cesantías o el pago que se hiciere 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.

En conclusión: La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria de la Ley 344 de 1996, toda vez que esta es propia del régimen anualizado de cesantías por la no consignación oportuna en el fondo de cesantías los 14 de febrero de cada anualidad y no para los empleados que se encuentren cobijados por el 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 dentro del cual se encuentra la demandante y que impone a las entidades el deber de liquidar

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", Sentencia de 9 de marzo de 2017. Radicación número: 08-001-23-33-000-2012-00338-01 (0850-2014). C.P.: William Hernández Gómez. Actor: María Cristina Sierra Thomas.

dicha prestación de los empleados con base en el último sueldo devengado, por todo el tiempo de servicios, tal y como lo definió el *a quo*.

Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden la Subsección confirmará la sentencia de primera instancia que denegó las súplicas de la demanda, como quiera que no prosperan los argumentos expuestos por la demandante en el recurso de alzada.

De la condena en costas

De conformidad con lo señalado en recientes providencias de esta Subsección²³ en el presente caso no se condenará en costas de segunda instancia, de acuerdo con el numeral 3 del artículo 365 del CGP, toda vez que si bien se confirmará en todas sus partes la providencia, no se advirtió en esta instancia que la parte demandada haya realizado alguna actuación.

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 del 4 de agosto de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó la señora Beturia Isabel Rocha Suárez contra el municipio de Malambo, Atlántico.

²³ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, proferidas por la Subsección “A” de la Sección Segunda, C.P. William Hernández Gómez, Expedientes: 4492-2013, Demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Demandado: José Francisco Guerrero Bardi.

Segundo: No condenar en costas, conforme las consideraciones que anteceden.

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

Notifíquese y cúmplase.

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ