



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

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 7 de febrero de 2019

Expediente: 08001-23-33-000-2016-201600565-01
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Neila Isabel Pardo de Castillo
Demandado: Municipio de Sabanalarga - Atlántico
Trámite: Ley 1437 de 2011
Asunto: Sanción moratoria por el retardo en la consignación de las cesantías en forma anualizada de los años 1997 a 2012. La actora se vinculó el 1º de marzo de 1992, antes de la vigencia de la Ley 344 de 1996

La Sala decide¹ el recurso de apelación que la parte demandante interpuso contra la sentencia de 29 de noviembre de 2017² proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual se decidió: (i) Declarar probadas las excepciones de inaplicabilidad del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y no aplicabilidad de la Ley 344 de 1996, propuestas por el municipio de Sabanalarga; (ii) Negar las pretensiones de la demanda; y, (iii) Sin costas

I. ANTECEDENTES

1. Yolanda Elina Hoyos Caro, a través de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, presentó demanda contra el municipio de Sabanalarga, con la finalidad de obtener mediante sentencia:

1.1. La declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio RTA.P 041 AMS expedido el 11 de marzo de 2016, por medio del cual se negó el pago de la sanción moratoria derivada del retardo en la consignación de las cesantías en

¹ El expediente ingresó al despacho el 23 de noviembre de 2018 (folio 172)

² Folio 131 y siguientes

forma anualizada, de conformidad con la Ley 344 de 1996 y sus decretos reglamentarios, por los años 1997 a 2012.

1.2. A título de restablecimiento del derecho solicitó que se condene al municipio de Sabanalarga – Atlántico a que le reconozca y pague la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías, a razón de un día de salario por cada día de mora en el pago **desde el año 1997**. Además solicita que la suma resultante sea actualizada teniéndose en cuenta el índice de precios al consumidor y el pago de intereses.

Hechos

2. La situación fáctica que presenta la demanda, la Sala se permite sintetizarla en lo siguiente:

2.1. La demandante labora para el Concejo del Municipio de Sabanalarga, en el cargo de Auxiliar de Control Interno desde el 17 de junio de 1986 y percibe un salario mínimo como remuneración por su trabajo.

2.2. Afirmó la actora que el municipio no consignó oportunamente sus cesantías correspondientes a los años 1997 a 2012, ante lo cual presentó reclamación administrativa con la finalidad de obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 344 de 1996; lo cual fue negado mediante el Oficio RTP041 AMS.

Normas violadas y concepto de violación

3. La demanda invocó como normas desconocidas los artículos 13, 29, 53, y 209 de la Constitución Política; los artículos 187, inciso 4º, 188 y 192 inciso 4º de la Ley 1437 de 2011; el parágrafo del artículo 2º de la Ley 344 de 1996, pues, en sentir de la demandante, el ente demandado no ha reconocido el pago de la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías por los años 1997 a 2012.

174

Oposición a la demanda

4. El municipio de Sabanalarga manifestó que cumplió con su deber legal de consignar las cesantías de la demandante, en la medida en que su situación económica se lo permitió y en los tiempos determinados, por ende, estima que las pretensiones de la demandante carecen de fundamento.

5. Formuló las excepciones de prescripción, falta o indebido agotamiento de la vía gubernativa, imposibilidad de cancelar la indemnización moratoria debido a que tales acreencias no fueron presentadas en el contexto de la admisión a la promoción del acuerdo de reestructuración de pasivos, de conformidad con la Ley 550 de 1999, inaplicabilidad del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, no aplicabilidad de la Ley 344 de 1996, toda vez que la actora ingresó a trabajar el **1º de marzo de 1992**, por lo que el régimen de cesantías es el retroactivo y no el anualizado.

La sentencia de primera instancia

6. El Tribunal Administrativo del Atlántico profirió sentencia el 29 de noviembre de 2017 y declaró probadas las excepciones de inaplicabilidad del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, no aplicabilidad de la Ley 344 de 1996, propuestas por el municipio de Sabanalarga, y negó las pretensiones de la demanda. Para el efecto tuvo en cuenta la documental aportada al proceso y concluyó que la demandante es beneficiaria del régimen de cesantías previsto en la Ley 6ª de 1945, que es el aplicable a los servidores públicos que se vincularon antes del 30 de diciembre de 1996, esto es, el régimen retroactivo.

7. Señaló que el Decreto 1582 de 1998³ contempló la posibilidad de que los servidores públicos que se hubiesen vinculado antes de la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996⁴ que gozaran del régimen retroactivo de cesantías podían acogerse al que se previó en la citada normativa, pero que en el expediente no se

³ por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5º de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia.

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

encontró el documento con el cual se acreditara que la demandante manifestó a la entidad demandada su deseo de trasladarse al régimen anualizado de cesantías.

8. El *A quo* consideró que el simple hecho de que la actora se encuentre vinculada al Fondo Administrador de Cesantías HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., desde el año 1996, no indica que se hubiese configurado el traslado del régimen de cesantías, por cuanto en el proceso no se advierte que hubiese comunicado a la administración su deseo de cambiar del régimen retroactivo que venía gozando para pasarse al régimen anualizado de cesantías que se regula en la Ley 50 de 1990 y extendido a los empleados públicos a través de la Ley 344 de 1996.

9. Concluyó que como quiera que la vinculación de la actora a la administración, se efectuó con anterioridad a la Ley 344 de 1996, reglamentada mediante el Decreto 1582 de 1998, no le es aplicable el régimen de cesantías de dicha ley, a menos que hubiese decidido acogerse al mismo, pero que ese hecho no se encuentra acreditado dentro del expediente; por consiguiente, no es posible acceder al reconocimiento de la sanción por mora en la consignación de las cesantías.

El recurso de apelación

10. La parte demandante manifiesta que la sentencia de primera instancia no tuvo en cuenta la certificación expedida el 29 de marzo de 2016 por el Jefe Administrativo y Financiero del Concejo Municipal de Sabanalarga, en donde se indica que la actora se encuentra en el régimen anualizado de cesantías.

11. Señaló que tampoco se tuvo en cuenta la certificación que expidió la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías – PORVENIR S.A. -, en la que consta la fecha de los aportes del empleador, esto es, el 6 de febrero de 1997, y el retiro parcial de cesantías de fecha 28 de febrero del mismo año.

12. Asimismo dijo que no se tuvo en cuenta la fecha de traslado de la trabajadora por fusión o cambio de administradora de cesantías de HORIZONTE a PORVENIR.

13. Por lo anterior, la demandante considera que se encuentra demostrado en debida forma que ella se rige por la modalidad de cesantías anualizadas, de conformidad con la Ley 344 de 1996.

II. CONSIDERACIONES

14. Agotada como se encuentra la instancia y sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a decidir el recurso de apelación que la parte demandante presentó contra la decisión de primera instancia.

El Problema jurídico

15. Conforme a los argumentos expuestos en la sentencia y a los cargos expresados por la parte demandante en su escrito de impugnación, el problema jurídico en este asunto se circunscribe a establecer si la demandante se encuentra en el régimen de cesantías retroactivas o en el régimen de cesantías anualizadas, y de ello concluir si tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías, como lo pretende en la demanda.

16. Para efectos de decidir el problema jurídico que se ha planteado se seguirá la siguiente metodología: i) se analizará el marco legal del auxilio de las cesantías (ii) antecedentes jurisprudenciales y, (iii) el caso concreto.

Marco legal del auxilio de cesantías en el sector público.

17. Las cesantías son una prestación social que debe pagar el empleador al trabajador por los servicios prestados, con la finalidad de que pueda atender sus necesidades básicas en el evento de que llegare a quedar cesante en su trabajo.

18. El auxilio de cesantías se encuentra regulado en Ley 6ª de 1945⁵, **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.**

19. A su vez, el parágrafo del artículo 1º de la Ley 65 del 20 de diciembre de 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, al disponer que:

“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”.

20. 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, así:

“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.”

21. Posteriormente, con la expedición del Decreto 3118 de 1968⁶, 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, comoquiera que en su artículo 27 contempló que cada año calendario, contado a partir del 1º

⁵ “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo”.

⁶ “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”.

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 causarían 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.

22. A diferencia de las entidades públicas del orden nacional en las 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.

23. 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.

24. Con la expedición del Decreto 1045 de 1978⁷, 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 reconocimiento del auxilio de cesantía y se regularon los factores salariales base de su 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;

⁷ “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.”

- 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)

25. 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, se creó el régimen anualizado, en el cual el empleador a 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 99°.- 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. (...)"

26. 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; en tanto que en el régimen anualizado establecido mediante la Ley 50 de 1990, comprende el auxilio de cesantía y el

177

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.

27. 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"*⁸, esto es, el 31 de diciembre de 1996.

28. 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)⁹, 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; (...)"

29. En tal sentido, el artículo 13 *ibídem* estableció el nuevo régimen de cesantías anualizado y el sistema que se aplica a 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).

30. La citada Ley 344 de 1996 fue reglamentada por el Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998¹⁰, 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

⁸ Publicada en el Diario Oficial No. 42.951 de 31 de diciembre de 1996.

⁹ Excepto el personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

¹⁰ "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".

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 (...)"

31. Por su parte, la Ley 432 de 1998¹¹ por la cual se reorganizó el Fondo Nacional del Ahorro¹², 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.

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."

32. El Decreto 1582 de 1998¹³ 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, y optaran por acogerse al régimen de liquidación anualizado. Para el efecto indicó:

¹¹ "Por la cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones."

¹² 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.

¹³ "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."

178

"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 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)

33. De conformidad con las disposiciones transcritas, se tiene que el **régimen de liquidación retroactivo de cesantías** regulado por la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan, es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996 y con base en éste, se origina el derecho al reconocimiento y pago de un mes de salario por cada año de servicios continuos o discontinuos y proporcionalmente por fracción, liquidados con base en el último salario devengado por el servidor público.

34. En relación con los funcionarios vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1996, a quienes se les otorgó la posibilidad de afiliarse al **Fondo Nacional de Ahorro**, los aportes al mismo se realizan por la respectiva entidad pública en la forma prevista en el artículo 6º de la Ley 432 de 1998¹⁴, sistema que no consagra

¹⁴ "(...) **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.

la sanción por mora en la consignación del valor de las cesantías, sino el cobro de intereses moratorios a favor del fondo.

35. De otro lado, en atención a la Ley 344 de 1996 y el Decreto Reglamentario 1582 de 1998, **el régimen de los servidores territoriales vinculados a partir de 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los Fondos Privados de Cesantías será el anualizado**, cuyas previsiones normativas se establecen en los artículos 99, 102, 104 y demás concordantes con la Ley 50 de 1990, a 31 de diciembre de cada año, el empleador debe hacer la liquidación de la prestación y su valor consignarlo antes del 15 de febrero del año siguiente a su causación, en la cuenta individual del trabajador, so pena de la sanción moratoria del pago de un día de salario por cada día de retardo.

36. Frente a los servidores territoriales vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996 que decidan acogerse al régimen anualizado y efectúen su afiliación a los fondos privados de cesantías, deben solicitar el traslado a la entidad empleadora, quien liquidará y entregará la prestación al fondo administrador, contando con la posibilidad de emitir títulos de deuda pública para su pago.

37. 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

En 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. (...)"

179

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.

Antecedentes jurisprudenciales

38. La Sección Segunda – Subsección B de esta Corporación, en sentencia de 24 de julio de 2008¹⁵, 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 ante 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 6o. 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)

¹⁵ 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.

39. A idénticas conclusiones arribó la Sección Segunda - Subsección A mediante fallo de 11 de julio de 2013¹⁶, 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).

40. En un caso similar al que es objeto de estudio, esta corporación reiteró en sentencia de 26 de noviembre de 2015¹⁷, que aquellos funcionarios que se hubiesen 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

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

182

norma no prevé la posibilidad de un cambio tácito de régimen, por cuanto esta es una actuación voluntaria del servidor¹⁸.

Análisis del caso concreto.

41. La Sala procede al estudio del cargo que la parte demandante formuló contra la sentencia de primera instancia, el cual se concreta en que se debe revocar la sentencia de primera instancia que negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías por los años 1997 a 2012. Lo anterior, al considerar que tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, para los años mencionados.

42. Pues bien, la Sala está en el deber de aclarar que en el régimen retroactivo de cesantías, éstas se liquidan con el último salario percibido por el trabajador, no se reconocen ni pagan intereses y no se tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria; en tanto que en el régimen anualizado sí existe la posibilidad de recibir intereses que equivalen al 12% anual, también se puede reclamar la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías y la reclamación se debe presentar antes de que ocurra el fenómeno jurídico de la prescripción.

43. En este orden de ideas, se entra a revisar cada uno de los documentos obrantes en el plenario en la intención de resolver el problema jurídico que se ha planteado y, de su valoración probatoria, concluir cuál es el régimen de cesantías en el que se encuentra afiliada la demandante, así:

43.1. Se allegó con la demanda la certificación¹⁹ expedida por el Jefe Administrativo y Financiero del Concejo Municipal de Sabanalarga, en el que se informa que la demandante ocupa el cargo de oficios varios y su asignación básica percibida desde el año 1986 hasta el año 2016.

¹⁸ 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.

¹⁹ Folio 16

43.2. Obra la certificación²⁰ expedida por el Secretario General del Concejo Municipal de Sabanalarga, en donde consta que la demandante labora en el cargo de oficios varios desde el 17 de junio de 1986, y se encuentra activa su vinculación.

43.3. Solicitud radicada el 24 de febrero de 2016²¹ ante el Alcalde del Municipio de Sabanalarga, mediante la cual se pretende el reconocimiento de la indemnización moratoria por el giro tardío de las cesantías de los años 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012.

43.4. Respuesta a la solicitud anterior contenida en el Oficio RTA.P:041-AMS de 11 de marzo de 2016²², mediante la cual se negó el reconocimiento de la sanción moratoria, para lo cual se consideró lo siguiente:

“...Usted, demandó sus cesantías correspondientes a los años 1986 a 1996, las cesantías de 1998 y las del 2001 al 2006, en el proceso ejecutivo laboral radicado bajo el N° 0731 – 2010, que cursó en el Juzgado Tercero Promiscuo del Circuito, tomando como título ejecutivo de recaudo, la Resolución N 041 de diciembre 04 de 2007, en su parte resolutive, Art 2º, indica los años que se le adeudan por cesantías y los abonados que corresponden a los años 1997, 1999 y 2000, quedando como saldo por pagarle por cesantías \$9.327.903.00, valor este reconocido en el Acuerdo de Reestructuración de pasivos del municipio de Sabanalarga, y fue consignado al fondo de cesantías horizonte, el 05 de marzo de 2013, según egreso 10063.

Ahora, la administración de este ente territorial ha venido cancelando y transfiriendo a los distintos fondos para los empleados que están afiliados a los mismos, los Auxilios de Cesantías a que por ley está obligada, en la medida en que su situación económica y financiera se lo ha permitido, esto teniendo de presente que actualmente nos encontramos inmersos en un proceso de reestructuración de pasivos (Ley 550/99).

En cuanto a la sanción moratoria que reclama en su petición de los años 1996 a 2012, es de advertir que nuestra administración no está obligado a ello por cuanto ha venido cancelando los Auxilios de Cesantías a los empleados y además lo pretendido no forma parte de las acreencias que están incluidas en el proceso de reestructuración de pasivos a que hemos hecho mención, para ello es pertinente observar el contenido del Art. 19 de la Ley 50 de 1999 así: *...Son acreedores externos los titulares de créditos ciertos que pertenezcan a una cualquiera de las*

²⁰ Folio 18

²¹ Folios 19 y 20

²² Folio 21

cinco clases de créditos previstas en el Título XL del Libro Cuarto del Código Civil y demás normas legales que lo modifiquen y adicionen...”.

De tal forma que nuestro pronunciamiento es negativo en lo que respecta al reconocimiento y pago de sanción moratoria.

En los anteriores términos damos respuesta al derecho de petición y/o agotamiento de vía gubernativa” (Fdo. Mónica Gómez Castro. Profesional Universitario Área Jurídica).

43.5. Obra²³ en el proceso la certificación expedida por el Secretario de Hacienda del municipio de Sabanalarga, conforme a la cual a la actora se le cancelaron cesantías parciales por el período comprendido entre el 17 de junio de 1986 y el 31 de diciembre de 2006, según la Resolución N° 040 de 4 de diciembre de 2007, por la suma de \$ 9.327.903, de acuerdo con el comprobante de egreso N° 10063 de 28 de febrero de 2013.

43.6. Con el escrito de la demanda se aportó²⁴ la certificación expedida el 29 de marzo de 2016, por el Jefe Administrativo y Financiero del Concejo Municipal de Sabanalarga, en la que se informa que la actora se desempeña en el cargo de Auxiliar de Mantenimiento y se encuentra actualmente en el régimen anualizado de cesantías.

43.7. El 18 de marzo de 2016, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., expide la certificación²⁵ conforme a la cual se informa a la actora que se encuentra afiliada a dicho fondo y presenta el siguiente movimiento:

“(…)

Fecha	Concepto	Portafolio	Valor
01/01/2014	TRASLADO ENTRADA FUNSION HZTE D	Corto Plazo	\$0.000
01/01/2014	TRASLADO ENTRA FUSION HZTE D	Largo Plazo	\$309.02

Saldo Portafolio Largo Plazo \$331.03

²³ Folio 23

²⁴ Folio24

²⁵ Folio 25

Saldo Portafolio Corto Plazo	0.00
Saldo Total	\$331.03

(...)"

43.8. La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., informó el 22 de febrero de 2016 sobre el movimiento de la cuenta de la demandante, así:

FECHA	CONCEPTO	Suma de VALOR
06/02/1997	APORTE EMPLEADOR CES	59250
28/02/1997	RETIRO PARCIAL CESAN	-58361

44. En desarrollo de la audiencia inicial prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, el Tribunal Administrativo del Atlántico decretó pruebas y ordenó que se requiriera a la Oficina de Talento Humano del Municipio de Sabanalarga para que enviara con destino a este proceso los documentos que conforman el expediente administrativo, específicamente la documental relacionada con las cesantías de la demandante correspondientes a los años 1996 a 2012. Así, en respuesta al requerimiento del *A quo*, se anexaron²⁶ al proceso los siguientes documentos que tienen que ver con el reconocimiento de cesantías a la demandante, por los años mencionados, en donde se observa:

44.1. El comprobante de egreso de fecha 29 de marzo de 2013, por concepto de cuentas por pagar de las vigencias 2011 y 2012.

44.2. Orden de pago por la suma de \$11.360.409.

44.3. Copia de la Resolución N° 012 de 8 de febrero de 2012, "por medio de la cual se reconocen unas prestaciones sociales" a la demandante, por la suma de \$2.062.788, por el año 2011.

²⁶ Folio 76 y siguientes

44.4. Acta de compromiso relacionada con la situación de déficit fiscal por la que atraviesa el municipio demandado.

44.5. Soporte de pagos de salud.

44.6. Soporte de pago de sesiones extras.

44.7. Copia de la Resolución N° 32, "por medio de la cual se reconocen unas cesantías" a la demandante, por los años 2001, 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006, en la suma de \$2.049.926.

45. Pues bien, de la documental referenciada en precedencia, tanto la allegada con la demanda inicial como la que se anexó en la etapa de pruebas del proceso, la Sala establece que en el expediente no obra solicitud de la demandante dirigida al municipio de Sabanalarga, a través de la cual manifestara su intención y deseo de cambiar de régimen de cesantías, esto es, pasar de percibir las con retroactividad a recibirlas de manera anualizada, según las previsiones del artículo 3°, literal a) del Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998. Para el caso concreto, la solicitud expresa de cambio de administradora de fondo de cesantías, se considera necesaria, en razón a que la actora se vinculó como empleada del municipio de Sabanalarga, antes de la vigencia²⁷ de la citada normativa (10 de agosto de 1998), por lo que era requisito *sine qua non* presentar la solicitud de traslado de régimen de cesantías.

46. Igualmente, se debe señalar, en este caso, que la accionante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por cuanto, tal prerrogativa solo fue prevista para los trabajadores que se vincularan después de la vigencia del Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998, el cual, y conforme al Diario Oficial N° 43358 de 10 de agosto de 1998, comenzó a regir a partir de esta fecha, oportunidad para la cual la demandante ya se encontraba laborando, por ende, su régimen de cesantías es el retroactivo; y para efectos de cambiarse de régimen era necesario que presentara una solicitud en tal sentido a su empleador, en la

²⁷ Diario Oficial N° 43358 de 10 de agosto de 1998.

que se hiciera esa manifestación de afiliarse a una administradora del régimen de cesantías anualizado, y con ello poder reclamar el beneficio de la sanción moratoria cuando quiera que aquéllas no fuesen consignadas de manera oportuna en la fecha que contempla la ley, es decir, antes del 15 de febrero del respectivo año,

47. Lo anterior, se establece de la prueba documental que se allegó con la demanda y la solicitada dentro del trámite de la acción que da cuenta que la vinculación laboral de la demandante a la entidad territorial accionada ocurrió antes de la vigencia de la Ley 344 de 1996; de lo que se establece que ella es beneficiaria del régimen retroactivo de cesantías contemplado por el literal a) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 y por el artículo 1º de Decreto 2767 de 1945, disposiciones que contemplan que las entidades están obligadas a liquidar las cesantías de los empleados teniéndoseles en cuenta el último sueldo devengado, y por todo el tiempo de servicio.

48. Por todo lo anterior, no es viable el reconocimiento y pago de la sanción reclamada por la consignación tardía de las cesantías, por cuanto se trata de una prerrogativa consagrada por la ley para los trabajadores afiliados al régimen de cesantías anualizado, de conformidad con lo previsto por la Ley 244 de 1995²⁸ y la Ley 1071 de 2006²⁹, las cuales contemplan una sanción moratoria que se configura por el incumplimiento del empleador en el reconocimiento de las cesantías o por 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.

49. La Sección Segunda de esta Corporación, en sentencia proferida el 21 de mayo de 2009³⁰, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve expuso la diferencia entre la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de

²⁸ "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".

²⁹ "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".

³⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B". Sentencia de 21 de mayo de 2009. Radicación No. 2070-2007. C.P.: Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

183

1990 y la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, en los siguientes términos:

“...existe diferencia entre la indemnización derivada de la falta de consignación antes del 15 de febrero en un fondo, por la cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre; con la que surge frente a la falta de pago de dicha prestación a la terminación de la relación legal o reglamentaria, ya que una vez que se presenta este hecho, esto es, cuando el trabajador se retira del servicio por cualquier causa y la administración no consigna oportunamente la cesantía que adeuda, deberá cancelar a título de indemnización la sanción prevista en la Ley 244 de 1995”.

50. Lo anterior fue reiterado en la sentencia de 15 de septiembre de 2011, proferida por la Sección Segunda, Subsección A, con ponencia del Consejero Luis Rafael Vergara³¹, al precisar que *“la sanción de la Ley 50 de 1990 se aplica mientras esté vigente la relación laboral y será pagadera en el momento en que el trabajador se retire del servicio, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones, salarios y sanciones moratorias a las que haya lugar. A diferencia de esta, la sanción de la Ley 244 de 1995, por el no pago oportuno de la cesantía definitiva, la cual se activa cuando el funcionario solicita ante la administración su cancelación”*.

51. De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que el municipio demandado no ha incurrido en infracción del ordenamiento jurídico que regula lo relacionado con la liquidación y pago de las cesantías; por ende, se mantiene incólume la presunción de legalidad que reviste al acto acusado, y en consecuencia se procederá a confirmar la sentencia de 29 de noviembre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Atlántico, por la que se declaró probadas las excepciones de inaplicabilidad del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y no aplicabilidad de la Ley 344 de 1996, que formuló el ente demandado; así mismo se negaron las pretensiones de la demanda y no se condenó en costas.

³¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A". Sentencia de 15 de septiembre de 2011. C.P.: Dr. Luis Rafael Vergara.

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

FALLA

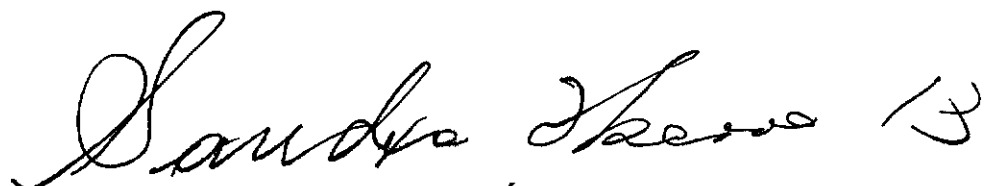
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 29 de noviembre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Atlántico, mediante la cual se declaró probadas las excepciones de inaplicabilidad del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y no aplicabilidad de la Ley 344 de 1996, que formuló el ente demandado; así mismo se negaron las pretensiones de la demanda y no se condenó en costas.

SEGUNDO: Por Secretaría de la Sección Segunda, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y déjense las constancias de rigor.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

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

Los consejeros,


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ


CÉSAR PALOMINO CORTÉS


CARMELO PERDOMO CUÉTER