

MEDIO DE CONTROL – Nulidad y restablecimiento del derecho / AUXILIO DE CESANTÍAS – En la Fiscalía General de la Nación / AUXILIO DE CESANTÍAS – Régimen de liquidación con retroactividad / AUXILIO DE CESANTÍAS – Régimen de liquidación anualizado / AUXILIO DE CESANTÍAS - Pérdida del derecho al régimen retroactivo por nueva vinculación laboral

(...) serán dos (2) los regímenes salariales y prestacionales que, de manera excluyente, cubren a los servidores de la Fiscalía General de la Nación, el primero de ellos, dirigido a quienes se vinculen a partir de la vigencia del Decreto 2699 de 1991 y quienes ya estando vinculados en esa entidad decidieron acogerse a la escala salarial determinada por el artículo 54 ibídem y, el segundo de ellos, aplicable a aquellos servidores que fueron incorporados a la referida entidad y que resolvieron no acogerse a la mencionada escala salarial establecida por la última disposición en comento. Como consecuencia de lo previamente expuesto y en lo relacionado con la liquidación retroactiva de las cesantías para los servidores de la Fiscalía General de la Nación, se observa que únicamente resultaran beneficiarios de ese régimen aquellos servidores que, laborando en entidades como la Rama Judicial, fueron incorporados a la primera entidad en mención y manifestaron no acogerse al régimen salarial y prestacional determinado por el artículo 54 del Decreto 2699 de 1991 y, por el contrario, manifestaron su voluntad por continuar cubiertos por el régimen salarial y prestacional que los venía cubriendo con anterioridad, como lo era el de la Rama Judicial. (...) la Sala concluye que, contrario a lo pretendido por la parte demandante, no es posible que la liquidación de las cesantías que le fueron reconocidas a través de los actos administrativos demandados se realice de manera retroactiva, puesto que al decidir aquél posesionarse el 4 de octubre de 2011 en el cargo de Fiscal Delegado antes Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional, se está frente a una nueva vinculación y una nueva situación administrativa que, en razón de ello, no le permitía conservar el régimen retroactivo de cesantías del cual era beneficiario y que estaba supeditado a su anterior vinculación como Asistente de Fiscal II con dicha entidad y para el cual presentó su renuncia. (...) al tomar posesión el demandante del cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos, aunada a la referida renuncia, aquél automáticamente se sometió al régimen salarial y prestacional previsto para ese empleo, siendo inviable que pretenda la aplicación de un régimen retroactivo de cesantías que nunca fue previsto para ese cargo, puesto que, como fue mencionado, se está frente a una nueva situación administrativa que debe regirse por las normas salariales y prestacionales propias de ese empleo y no a las del empleo para el cual renunció a sus prerrogativas. (...)

FUENTE FORMAL: Ley 6 de 1945 (Art. 17); Ley 65 de 1946 (Art. 1); Decreto 1160 de 1947 (Art. 1, 6); Ley 33 de 1985); Decreto 3118 de 1968 (Art. 27, 33); Decreto 2699 de 1991 (Art. 54, 64).

SANCIÓN MORATORIA - Por consignación tardía de las cesantías / SANCIÓN MORATORIA – Aplicación a los servidores públicos / SANCIÓN MORATORIA – No procede porque el empleado no eligió el fondo en el cual se deberían consignar las cesantías / SANCIÓN MORATORIA – Improcedencia por imposibilidad de cumplir con el mandato legal

(...) cabe destacar que con la expedición de la Ley 344 de 1996, en su artículo 1317 se dispuso que a los servidores públicos les serían aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, como sería el caso del citado artículo 99 de la Ley 50 de 1990, siempre que no resulten contrarias con la liquidación anualizada de las cesantías. Como consecuencia de ello, se extrae que, a partir de la vigencia de la referida ley, a los servidores públicos también les cubre la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías prevista por el numeral 3 del artículo ibídem. Así entonces, de acuerdo con la última norma en cita, se concluye que habrá lugar a la sanción moratoria por la

consignación tardía de las cesantías y la cual se originará cuando el empleador no consigne el valor correspondiente a las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente a la causación de esa prestación en el fondo de cesantías al que se encuentre afiliado el empleado, siendo esa una sanción que equivale a un día de salario por cada día de retraso. (...) los motivos que conllevaron a que la FGN no consignara las cesantías causadas por el demandante en ningún fondo consistieron en que aquél, por considerar aquél que no perdió los beneficios del régimen retroactivo de sus cesantías, nunca seleccionó ningún fondo privado de cesantías en donde la entidad en mención pudiera realizar esa acción y cumplir de esta manera con el mandato legal previsto en la Ley 50 de 1990, en el sentido de consignar antes del 15 de febrero del año siguiente las cesantías que el demandante hubiere causado. (...) al observarse que en el presente asunto el demandante nunca eligió ningún fondo de cesantías donde la FGN le pudiera realizar la consignación de esa prestación, la Sala extrae que no se cumple con el presupuesto o la condición prevista por la última norma en comento respecto a que la cesantía sería consignada en el fondo que el interesado elija, puesto que, como ya fue referido, el demandante nunca seleccionó ningún fondo de esa naturaleza y, como consecuencia de ello, no era posible para la entidad demandada cumplir con el mandato legal en comento. (...) mal haría la Sala en condenar a la FGN a la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías del demandante cuando, por razones atribuibles a éste, nunca tuvo la posibilidad de proceder de esa manera y, en razón de ello, no se observa ningún actuar negligente e injustificado que amerite la imposición de la referida sanción. (...)

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el régimen de liquidación del auxilio de cesantías en la Fiscalía General de la Nación, consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 41001-23-33-000-2012-00059-02(4966-16).

FUENTE FORMAL: Ley 50 de 1990 (Art. 99); Ley 344 de 1996 (Art. 13).



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”

Bogotá, D. C., trece (13) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Magistrado ponente: Néstor Javier Calvo Chaves.
Radicación: 250002342000-2019-00889-00.
Demandante: Efraín Tovar Rodríguez.
Demandado: Fiscalía General de la Nación.
Asunto: Pérdida del derecho al régimen retroactivo de cesantías y sanción moratoria por consignación tardía de las cesantías.

Agotadas las etapas previas y vencido el término de traslado para alegar al que alude el artículo 182A de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, procede la Sala a clausurar la primera instancia mediante la presente sentencia anticipada en el referido proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

I. RESUMEN DE LA DEMANDA

En la demanda bajo estudio se formulan, en resumen, las siguientes **declaraciones y condenas** (Archivo: “1.CUADERNO No1” / fols. 8-9): **1)** Declarar la nulidad de la Resolución N° 1686 de 2015, *“por medio de la cual se reconoce y ordena un pago de cesantías parciales régimen de Rama”*; **2)** declarar la nulidad del acto ficto negativo generado por la no resolución del recurso de apelación (sic) y en subsidio apelación interpuesto por el demandante contra el acto atrás referido; **3)** declarar la nulidad de la Resolución N° 1687 de 2015, *“por medio de la cual se reconoce y ordena un pago de cesantías parciales”*; **4)** declarar la nulidad del acto ficto negativo generado por la no resolución del recurso de apelación (sic) y en subsidio apelación interpuesto por el demandante contra el anterior acto administrativo; **5)** a título de restablecimiento del derecho, condenar a la demandada a reliquidar a favor del demandante las cesantías retroactivas a que tiene derecho por ser servidor judicial vinculado en la Rama Judicial con anterioridad al 29 de enero de 1985 y por no haber optado por el nuevo régimen salarial y prestacional consagrado en los Decretos 57 y 110 de 1993,

Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	250002342000-2019-00889-00.
Demandante:	Efraín Tovar Rodríguez.
Demandado:	Fiscalía General de la Nación.
Asunto:	Sentencia de Primera Instancia.

teniendo en cuenta como inicio del tiempo de servicio el 4 de octubre de 1979 hasta septiembre de 2015, con la inclusión de todos los factores salariales reconocidos; **6)** en caso de no proceder la reliquidación de las cesantías retroactivas bajo el régimen de los no acogidos, ordenar la reliquidación de las cesantías parciales reconocidas en el acto administrativo contenido en la Resolución 1687 del 24 de noviembre de 2015, en el sentido de incluir en dicha liquidación el concepto de sanción moratoria por no consignación de las cesantías parciales de los periodos comprendidos entre el 4 de octubre al 30 de diciembre de 2011, el 1° de enero al 30 de diciembre de 2012, el 1° de enero al 30 de diciembre de 2013 y el 1° de enero al 30 de diciembre de 2014; **7)** ordenar a la demandada a reconocer y pagar ajustadas o indexadas las sumas que resulten de la reliquidación efectiva de las pretensiones reclamadas en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, así como el reconocimiento de intereses moratorios, tal y como lo establece el inciso 3° del artículo 192 *ibidem*; y **8)** condenar en costas a la entidad demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 *ibidem*, dentro de las cuales se deberán ordenar las correspondientes agencias en derecho.

Fueron esbozados por la parte demandante los siguientes **hechos**, en síntesis (Archivo: "1.CUADERNO No1" / fols. 4-8): El demandante ha laborado como empleado y funcionario en la Rama Judicial en la modalidad en propiedad y provisionalidad desde el 10 de octubre de 1979, teniendo a la fecha de interposición de la demanda el empleo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos.

Destacó que el 8 de septiembre de 2015 el demandante solicitó el retiró parcial de sus cesantías, advirtiendo que es beneficiario del régimen prestacional de los no acogidos, Decreto 51 de 1993, de ahí que el periodo que debió liquidarse era el comprendido entre el 23 de diciembre de 1979 y el 8 de septiembre de 2015.

Señaló que, en razón de la anterior solicitud, la entidad demandada, mediante Resolución N° 1686 del 24 de noviembre de 2015, reconoció a favor del demandante la suma de \$116.304.772, deduciéndose la suma de \$105.192.922 y, en consecuencia, se ordenó pagar la suma de \$11.000.000, por concepto de liquidación parcial de cesantías retroactivas del régimen de la Rama Judicial.

Precisó que el 24 de noviembre de 2015 la entidad demandada, a través de la Resolución N° 1687 del 24 de noviembre de 2015, reconoció al demandante y

Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	250002342000-2019-00889-00.
Demandante:	Efraín Tovar Rodríguez.
Demandado:	Fiscalía General de la Nación.
Asunto:	Sentencia de Primera Instancia.

ordenó el pago por concepto de cesantías parciales el valor de \$19.794.128 en el fondo de cesantías privado Protección, anotando que tal reconocimiento se realizó teniendo en cuenta el periodo comprendido entre el 4 de octubre de 2011 y el 30 de diciembre de 2014.

No obstante, destacó que en ese acto no se ordenó el pago de la sanción moratoria por no habersele consignado esa prestación al demandante antes del 14 de febrero de 2012, 14 de febrero de 2013 y 14 de febrero de 2014, como concepto de cesantías anualizadas.

En razón de ello, resaltó que el 7 de diciembre de 2015 interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra las Resoluciones N° 1686 y 1687 del 24 de noviembre de 2015, aduciendo para esos efectos que es beneficiario del régimen prestacional y salarial del Decreto 51 de 1993 (no acogidos), además, que el periodo a liquidar es del 10 de octubre de 1979 al 3 de octubre de 2015 y, finalmente, que en caso de haber perdido el beneficio del régimen de los no acogidos, se le debe pagar la sanción moratoria por falta de pago de las cesantías correspondiente a los años 2011, 2012, 2013 y 2014.

Finalmente, anotó que frente al recurso de reposición y apelación en comento la entidad demandada, a la fecha de interposición de la demanda, razón por la cual se entiende que la decisión frente a los mismos es negativa.

El apoderado de la parte demandante relaciona en la demanda como **normas violadas** (Archivo: "1.CUADERNO No1" / fol. 10) los artículos 13, 29, 53 y 209 de la Constitución Política; 83 y 137 del C.C.A.; 13 de la Ley 344 de 1996; 1 del Decreto 1582 de 1998; 99.3 de la Ley 50 de 1990; 21 del Decreto 1063 de 1991; y 20.3 del C. de P.C.

Como **concepto de violación** (Archivo: "1.CUADERNO No1" / fols. 10-14) sostuvo que, de conformidad con las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996, 432 de 1998 y el Decreto 1582 de 1998, quienes se vincularon con posterioridad al 31 de diciembre de 1996 tienen derecho a que sus cesantías se consignen a más tardar el 14 de febrero del año siguiente al que fueron causadas en el fondo escogido por el trabajador. Al respecto, agregó que, de acuerdo al numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 250002342000-2019-00889-00.
Demandante: Efraín Tovar Rodríguez.
Demandado: Fiscalía General de la Nación.
Asunto: Sentencia de Primera Instancia.

Manifestó que en caso que el *sub examine* se llegare a establecer que el demandante no es beneficiario del régimen de los no acogido, entonces aquél sería beneficiario del régimen anualizado de cesantías previamente citadas, por lo tanto, al no haberse efectuado la consignación a 30 de noviembre de 2015 debe declararse la nulidad del acto demandado.

De otra parte, sostuvo que el demandante era beneficiario del régimen de los no acogidos de la Rama Judicial, acostumbrado a recibir por parte de la entidad demandada el pago de sus cesantías las cuales eran congeladas y liberadas en la medida de que él las solicitara. No obstante, resaltó que al aceptar el cargo de Fiscal Local en provisionalidad y renunciar al cargo de asistente de fiscal en propiedad no le era dable a la entidad demandada cambiarlo de régimen salarial de los no acogidos, pues la renuncia presentada era para ocupar en provisionalidad el cargo de fiscal, y tal como lo anotó al momento de su posesión no renunciaba al régimen de los no acogidos, reingresando a la Fiscalía General de la Nación (FGN en adelante) dentro de un plazo muy inferior a quince días.

Anotó que para esa época el demandante no era consciente que sus cesantías debían ser consignadas en el fondo, que dicho sea de paso es privado, antes del 14 de febrero del año siguiente al periodo en que se causan, razón por la cual, sólo hasta el 30 de noviembre de 2015 se enteró del cambio de régimen de cesantías, interponiendo los recursos de ley hasta el 7 de diciembre de 2015. Adujo que la entidad demandada no notificó al demandante el cambio de régimen prestacional, tampoco liquidó sus cesantías ni las consignó en su fondo privado de cesantías, razón por la cual solicitó la reliquidación de sus cesantías, así como el pago de la sanción moratoria.

Concluyó señalando que es claro que la entidad demandada obró de manera contraria a derecho, pues al ser el demandante beneficiario del régimen de los no acogidos, debió habersele dado trato distinto a la liquidación de sus cesantías, en el sentido de liquidarlas de conformidad con dicho régimen, pues el beneficio del régimen no se perdió al renunciar a la vinculación laboral en propiedad que ostentaba, pues tal renuncia no implicaba la pérdida de su antigüedad.

Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	250002342000-2019-00889-00.
Demandante:	Efraín Tovar Rodríguez.
Demandado:	Fiscalía General de la Nación.
Asunto:	Sentencia de Primera Instancia.

II. RESUMEN DE LA CONTESTACIÓN

La entidad demandada en su escrito de contestación (Archivo: "1.CUADERNO No1"/ fols. 58-75) se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, para lo cual adujo que para el presente asunto si bien el demandante estaba cobijado por el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial, al posesionarse en periodo de prueba para el empleo en el que concursó, no lo hizo con carácter de incorporación ni de ascenso, sino que obedeció a un nuevo nombramiento que se rige bajo unas condiciones diferentes a las que tenía en su empleo anterior y en el que se le garantizaba el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial.

Al respecto, destacó que si se revisa las pruebas aportadas al *sub lite* se encuentra que el demandante renunció al cargo de carrera que desempeñaba como Fiscal Delegado ante Jueces Municipales, lo cual obedece a un retiro definitivo, mediante el cual se rompe el vínculo laboral y es por ello que no puede concebirse una acumulación de tiempos de servicio, puesto que se trata de diferentes relaciones de trabajo y en cada una de las cuales se rompió la vinculación, pues cuando operó la ruptura del vínculo surge para el interesado el derecho a reclamar el reconocimiento y pago de la cesantía definitiva.

Sostuvo que frente al caso del demandante se entiende que hubo un nuevo nombramiento en provisionalidad que data desde el año 2011, prueba de ello es que el demandante solicitó licencia especial no remunerada, la cual le fue otorgada para desempeñar un cargo en provisionalidad y una vez terminada, aquél presentó renuncia y no manifestó a la entidad no acogerse al nuevo régimen salarial y prestacional de la entidad, lo cual solo le era viable hacerlo por una sola vez.

Como consecuencia de todo lo previamente expuesto, anotó que la liquidación que realizó la Fiscalía General de la Nación a sus prestaciones sociales está de acuerdo al ordenamiento jurídico, por cuanto al aceptar el demandante en 2011 el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito estuvo separado temporalmente de su empleo de carrera desde el 4 de octubre de 2011 hasta el 4 de octubre de 2013, fecha en la cual pasó su renuncia.

Finalmente, destacó que la regla general es que el salario y las prestaciones sociales se fijan en atención al empleo o cargo y no a las condiciones particulares de cada servidor, por ello el artículo 7 del Decreto 2400 de 1968 precisó dentro de los derechos del empleado el de "*percibir puntualmente la remuneración que para el*

Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	250002342000-2019-00889-00.
Demandante:	Efraín Tovar Rodríguez.
Demandado:	Fiscalía General de la Nación.
Asunto:	Sentencia de Primera Instancia.

respectivo empleo fije la ley". En consecuencia, resulta evidente que el nombramiento y posesión de una persona en un cargo público la coloca en el status de empleado público, con sujeción automática al régimen salarial y prestacional vigente al momento del ingreso.

Con sustento en los anteriores argumentos propuso las excepciones que denominó: i) incorporación voluntaria y espontánea; ii) ausencia de desmejora salarial; iii) ausencia de derecho adquirido; y iv) proposición jurídica incompleta.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

De conformidad con lo previsto en el artículo 182A de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, mediante auto del 2 de marzo de 2021, se corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión (Archivo: "3.2019 - 00889 (*Incorpora pruebas y corre traslado para alegar*)"). En dicha oportunidad ni la **parte demandante** ni la **entidad demandada** formularon sus correspondientes alegatos.

De otra parte, el **Agente del Ministerio Público** (Archivo: "2019-889 *Efraín Tovar Rodríguez Vs FISCALÍA (CONCEPTO P125)*") señaló que hasta el 3 de octubre de 2011 el demandante tenía su vinculación con la entidad demandada con el régimen laboral y prestacional de la Rama Judicial aplicable en materia de cesantías con anterioridad a la vigencia del artículo 7 de la Ley 33 de 1985, el cual era de carácter retroactivo. Por tal razón las cesantías liquidadas en forma retroactiva hasta esa fecha, mediante la Resolución 1686 del 24 de noviembre de 2015, se ajustan al orden normativo aludido.

De otra parte, destacó que, como consecuencia de una licencia no remunerada especial que le fue concedida al demandante para que ejerciera el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos a partir del 4 de octubre de 2011 y hasta el 7 de octubre de 2013, y la renuncia que presentara al cargo de carrera que tenía ese mismo día, y por el cual estaba cobijado al régimen retroactivo de cesantías aplicable a los empleados de la Rama Judicial, para así poder continuar ocupando el cargo de Fiscal Delegado en mención, esa situación administrativa hizo que cambiara su régimen de cesantías de carácter retroactivo al de liquidación anual de cesantías, razón por la cual lo liquidado al respecto,

Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	250002342000-2019-00889-00.
Demandante:	Efraín Tovar Rodríguez.
Demandado:	Fiscalía General de la Nación.
Asunto:	Sentencia de Primera Instancia.

mediante la Resolución 1687 del 24 de noviembre de 2015, se ajusta al orden normativo.

Ahora bien, en lo referente a la pretensión tendiente al pago de sanción moratoria, destacó que, por motivo de lo previamente expuesto, el demandante asumió el régimen de cesantías anuales contemplado en el artículo 7 de la Ley 33 de 1985, el cual, por disposición del Decreto 1582 de 1998, se rige por lo establecido en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990. En ese sentido, el numeral 3 del artículo 99 *ibidem* establece, como característica del régimen anual de liquidación de cesantías, el pago al trabajador por el empleador de un día de salario por cada día de retardo en la consignación posterior al 14 de febrero de cada año de las cesantías del correspondiente año o fracción de año.

No obstante, sostuvo que para que opere dicho pago por mora deben establecerse dos circunstancias, la primera, es que el fondo de cesantías donde se deben consignar antes del 15 de febrero lo debe elegir el trabajador y, la segunda, es que el retardo en la consignación de las cesantías debe ser el producto de la mala fe o dolo del empleador, debido a que se trata de un aspecto de carácter sancionatorio laboral.

Frente a lo cual adujo que en el presente caso se tiene, por un lado, que el demandante, a partir de haber asumido el cargo de Fiscal Delegado el 4 de octubre de 2011, no le informó a la Fiscalía General de la Nación el fondo de cesantías que había elegido para que le consignaran sus cesantías anuales y, adicional a ello, resaltó que la entidad demandada no obró en forma dolosa o de mala fe, puesto que lo que pudo haber ocurrido en el *sub lite* es que el demandante pudo haber inducido en error a la demandada cuando pretendió que lo nombraran en provisionalidad en el cargo de Fiscal Delegado, pero que le mantuvieran los derechos en el cargo de carrera que venía ocupando, los cuales eran los de la Rama Judicial con anterioridad a la entrada en vigencia del artículo 7 de la Ley 33 de 1985, como él propio demandante lo confiesa en su libelo demandatorio.

Por lo tanto, destacó que la entidad demandada obró de acuerdo con el régimen legal que se debía aplicar al haber expedido los actos administrativos demandados mediante los cuales le hizo el reconocimiento y liquidación de las cesantías al accionante, sin haber obrado de mala fe o en forma dolosa.

Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	250002342000-2019-00889-00.
Demandante:	Efraín Tovar Rodríguez.
Demandado:	Fiscalía General de la Nación.
Asunto:	Sentencia de Primera Instancia.

Con sustento en todo lo previamente expuesto, el Agente del Ministerio Público solicitó se nieguen las súplicas de la demanda.

IV. CONSIDERACIONES

La Sala, al no encontrar causal alguna que invalide la actuación hasta aquí surtida, procede a decidir lo que en derecho corresponda, en primera instancia, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 187 del CPACA.

1. Excepciones. La entidad demandada formuló en su contestación a la demanda las excepciones que denominó “*incorporación voluntaria y espontánea*”, “*ausencia de desmejora salarial*”, y “*ausencia de derecho adquirido*”, respecto de las cuales la Sala concluye que no constituyen verdaderos medios exceptivos que enerven de fondo las pretensiones de la demanda y su estudio se confunde con el análisis de fondo del asunto.

2. Problema jurídico. En primer lugar, la Sala deberá dilucidar si, contrario a lo resuelto por la entidad demandada a través de los actos administrativos demandados, a la parte demandante le asiste el derecho a que su auxilio de cesantías sea liquidado y pagado conforme al régimen retroactivo de cesantías y no de forma anualizada; y, en segundo lugar, en caso de concluirse que la liquidación de dicha prestación es de carácter anualizado y no de manera retroactiva, deberá esclarecerse si a aquél le asiste el derecho al reconocimiento y pago la sanción moratoria por consignación tardía de sus cesantías.

3. Fundamento normativo.

3.1 El régimen de retroactividad de las cesantías en la Fiscalía General de la Nación. El auxilio de cesantías se trata de una prestación social que fue establecida a partir de la expedición de la Ley 6 de 1945¹, mediante la cual se determinó en su artículo 17 literal a)² que ese auxilio consistía en un derecho prestacional a favor de empleados y obreros nacionales de carácter permanente, consistente en un mes de

¹ “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo”.

² **Artículo 17º.**- 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 1 de enero de 1942. (...)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 250002342000-2019-00889-00.
Demandante: Efraín Tovar Rodríguez.
Demandado: Fiscalía General de la Nación.
Asunto: Sentencia de Primera Instancia.

salario por cada año de servicio. Posteriormente, en virtud de la expedición de la Ley 65 de 1946³ y según lo dispuesto en su artículo 1⁴, dicha prestación se hizo extensiva a los trabajadores del orden territorial y también a los de carácter particular. Siendo esa una disposición que fue reiterada en el artículo 1⁵ del Decreto 1160 de 1947⁶.

Cabe anotar que la normativa previamente referida estableció un **régimen de liquidación retroactivo de cesantías**, advirtiéndose que en el último decreto en mención se dispuso en su artículo 6⁷ que para la liquidación de esa prestación se tomaría como base el último salario devengado por el trabajador, a menos que dicho salario hubiere tenido modificaciones en los tres (3) últimos meses, en cuyo caso la liquidación se haría con el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor a este periodo.

En este punto, es del caso destacar que con la expedición de la Ley 33 de 1985⁸ se determinó en su artículo 7 inciso 2⁹ que las personas que ingresen a prestar sus servicios a partir **del 1º de enero de 1985** a la Rama Jurisdiccional, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil y las Notarías, se regirán por las normas del Decreto Extraordinario

³ “Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras”.

⁴ **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.

⁵ **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.

Artículo 2º.- Lo dispuesto en el artículo anterior se extiende a los trabajadores de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, teniendo en cuenta respecto de éstos lo dispuesto por el Decreto 2767 de 1945. Pero si la entidad correspondiente no hubiere obtenido su clasificación, estará obligada a la cancelación de las prestaciones sociales en su totalidad, sin atender a las limitaciones establecidas en el Decreto mencionado.

⁶ “Sobre auxilio de cesantía”.

⁷ **Artículo 6º.-** De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base 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 (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.

(...)

⁸ “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.”

⁹ **Artículo 7.** (...)

Quienes a partir del 1 de enero de 1985, ingresen a la Rama Jurisdiccional, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil y las Notarías, se regirán por las normas del Decreto Extraordinario 3118 de 1968 y las que lo adicionen y reglamenten, en lo relacionado con la liquidación y el pago de sus cesantías.

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 250002342000-2019-00889-00.
Demandante: Efraín Tovar Rodríguez.
Demandado: Fiscalía General de la Nación.
Asunto: Sentencia de Primera Instancia.

3118 de 1968¹⁰ y las que lo adicionen y reglamenten, en lo relacionado con la liquidación y el pago de sus cesantías.

De esta manera, al referir el artículo en comento al Decreto 3118 de 1968, la Sala debe anotar que dicho decreto en sus artículos 27¹¹ y 33¹² estableció la **liquidación anual de las cesantías**, reconociendo sobre esa prestación la causación de intereses. En consecuencia, se extrae que, en lo referente a aquellos servidores de la Rama Judicial que se vincularon a esa entidad a partir del **1º de enero de 1985**, sus cesantías serían liquidadas por el sistema anualizado, de ahí que aquellos otros servidores que estuvieren vinculados con anterioridad a la referida fecha conservarían el sistema retroactivo de cesantías.

Precisado lo anterior, resulta oportuno reseñar que, con la expedición de la Constitución Política de 1991, en su artículo transitorio 5 literal a)¹³, se otorgó al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir las normas que organicen la Fiscalía General de la Nación. Como consecuencia de ello, en uso de esa potestad extraordinaria, fue proferido por el Gobierno Nacional el Decreto 2699 de 1991¹⁴, conforme al cual se determinó en su artículo 64 que las personas que se vinculen por primera vez a esa entidad y las que se acogieren a la escala salarial prevista en el artículo 54 *ibidem*, sólo tendrán derecho al salario que corresponda al respectivo cargo según la nomenclatura y la escala salarial fijada por ese decreto respecto a la referida entidad.

De igual manera, en el artículo *ibidem* se determinó que los servidores de esa entidad que ya se encontraban vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia del mencionado decreto podían optar, por una sola vez, dentro de los seis (6) meses siguientes a su expedición, entre el régimen salarial y prestacional del que gozaban para la época o la escala salarial atrás referida, misma que se encuentra

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

¹¹ **Artículo 27. Liquidaciones anuales.** 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, liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados.

La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.

¹² **Artículo 33. Intereses en favor de los trabajadores.** El Fondo Nacional de Ahorro liquidará y abonará en cuenta, intereses del nueve (9) por ciento anual sobre las cantidades que el 31 de diciembre de cada año figuren a favor de cada empleado público o trabajador oficial, inclusive sobre la parte de cesantía que se encuentre en poder de establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado que gocen del plazo previsto en el artículo 47.

¹³ **Artículo transitorio 5.** Revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para: a) Expedir las normas que organicen la Fiscalía General y las normas de procedimiento penal;

(...)

¹⁴ "Por el cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación".

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 250002342000-2019-00889-00.
Demandante: Efraín Tovar Rodríguez.
Demandado: Fiscalía General de la Nación.
Asunto: Sentencia de Primera Instancia.

determinada por el artículo 54 del mismo decreto.

Sobre lo aquí anotado y dada la relevancia para el presente asunto del comentado artículo 64 del Decreto 2699 de 1991, a continuación se transcribe la integridad de dicha disposición:

Artículo 64. El Fiscal General establecerá la nomenclatura de empleos, teniendo en cuenta los niveles establecidos en este capítulo e incorporando los distintos servidores a la planta de personal establecida para la Fiscalía. En ningún caso tal reglamentación implicará el desmejoramiento del sueldo que se tenga al momento de la incorporación.

Parágrafo:

1. **Las personas que se vinculen por primera vez o se acojan a la escala salarial prevista en el artículo 54, solo tendrán derecho al sueldo que corresponda al cargo según la nomenclatura y escala de salarios aquí de capacitación u otras especiales que estuvieren percibiendo antes de su incorporación a la nueva planta.** Si por razón de estas primas tuvieron un sueldo superior al que les corresponde en el nuevo cargo, seguirán percibiendo éste hasta su retiro y sobre dicho sueldo se liquidarán los incrementos anuales en el porcentaje que señale la ley.

2. Las actuales fiscalías de los juzgados superiores, penales del circuito y superiores de aduana, y de orden público, pasarán a la Fiscalía General de la Nación. Igualmente pasarán a la Fiscalía General de la Nación, la dirección nacional y las direcciones Seccionales de Instrucción Criminal el Cuerpo Técnico de Policía Judicial, y los Juzgados de Instrucción Criminal de la Justicia Ordinaria, de orden público y penal aduanera. Para los Jueces municipales la implantación se podrá extender por el término de cuatro años contados a partir de la expedición de la Constitución Nacional. Igualmente se incorporarán los funcionarios y empleados de la Dirección Nacional de Medicina Legal del Ministerio de Justicia con sus dependencias Seccionales, al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, creado por este Decreto.

3. **Los funcionarios y empleados mencionados anteriormente, podrán optar por una sola vez, entre el régimen salarial y prestacional que actualmente tienen o la escala de salarios prevista en el artículo 54 de este estatuto.** Dicha opción podrá ejercitarse dentro de los seis meses siguientes a la incorporación del Funcionario o empleado a la Fiscalía General de la Nación. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Así las cosas, se observa que, en virtud de la disposición normativa en comento, serán dos (2) los regímenes salariales y prestacionales que, de manera excluyente, cubren a los servidores de la Fiscalía General de la Nación, el primero de ellos, dirigido a quienes se vinculen a partir de la vigencia del Decreto 2699 de 1991 y quienes ya estando vinculados en esa entidad decidieron acogerse a la escala salarial determinada por el artículo 54 *ibidem* y, el segundo de ellos, aplicable a aquellos servidores que fueron incorporados a la referida entidad y que resolvieron no acogerse a la mencionada escala salarial establecida por la última disposición

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 250002342000-2019-00889-00.
Demandante: Efraín Tovar Rodríguez.
Demandado: Fiscalía General de la Nación.
Asunto: Sentencia de Primera Instancia.

en comento.

Como consecuencia de lo previamente expuesto y en lo relacionado con la liquidación retroactiva de las cesantías para los servidores de la Fiscalía General de la Nación, se observa que únicamente resultaran beneficiarios de ese régimen aquellos servidores que, laborando en entidades como la Rama Judicial, fueron incorporados a la primera entidad en mención y manifestaron no acogerse al régimen salarial y prestacional determinado por el artículo 54 del Decreto 2699 de 1991 y, por el contrario, manifestaron su voluntad por continuar cubiertos por el régimen salarial y prestacional que los venía cubriendo con anterioridad, como lo era el de la Rama Judicial.

3.2 La sanción moratoria por la consignación tardía de cesantías. Con la expedición la Ley 50 de 1990¹⁵, mediante la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 99 se determinó la forma de liquidación de las cesantías, en los siguientes términos:

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 el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

4ª. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

5ª. Todo trabajador podrá trasladar su saldo de un fondo de cesantía a otro de la misma naturaleza. El Gobierno fijará el procedimiento que deba seguirse para el efecto.

6ª. Los Fondos de Cesantía serán administrados por las sociedades cuya creación se autoriza, y cuyas características serán precisadas en los decretos que dicta el Gobierno Nacional, en orden a:

¹⁵ "por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones."

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 250002342000-2019-00889-00.
Demandante: Efraín Tovar Rodríguez.
Demandado: Fiscalía General de la Nación.
Asunto: Sentencia de Primera Instancia.

a. Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional;

b. Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.

7ª. Todos los aspectos que no se modifiquen específicamente por esta Ley, continuarán regulados por las normas vigentes del régimen tradicional relativas al auxilio de cesantía.

Parágrafo.- En el evento que los empleadores deban efectuar la liquidación y consignación de la cesantía a que se refiere este artículo y no existan suficientes Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantías autorizadas para funcionar, el Gobierno Nacional podrá transitoriamente autorizar a otras entidades u ordenar a las instituciones financieras con participación estatal mayoritaria para que cumplan las funciones de Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Ahora bien, cabe destacar que con la expedición de la Ley 344 de 1996¹⁶, en su artículo 13¹⁷ se dispuso que a los servidores públicos les serían aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, como sería el caso del citado artículo 99 de la Ley 50 de 1990, siempre que no resulten contrarias con la liquidación anualizada de las cesantías. Como consecuencia de ello, se extrae que, a partir de la vigencia de la referida ley, a los servidores públicos también les cubre la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías prevista por el numeral 3 del artículo *ibidem*.

Así entonces, de acuerdo con la última norma en cita, se concluye que habrá lugar a la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías y la cual se originará cuando el empleador no consigne el valor correspondiente a las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente a la causación de esa prestación en el fondo de cesantías al que se encuentre afiliado el empleado, siendo esa una sanción que equivale a un día de salario por cada día de retraso.

4. Fundamento fáctico. Bajo los criterios jurisprudenciales expuestos, la normativa relacionada y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 164 del C.G del P., el

¹⁶ "Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones".

¹⁷ **Artículo 13.** Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) **Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.**

Parágrafo. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.» (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 250002342000-2019-00889-00.
Demandante: Efraín Tovar Rodríguez.
Demandado: Fiscalía General de la Nación.
Asunto: Sentencia de Primera Instancia.

cual establece que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, las cuales, según lo ordenado en el artículo 176 *ibídem*, deben ser apreciadas en su conjunto y a la luz de las reglas de la sana crítica; esta Sala de decisión encuentra como hechos probados y determinantes para el *sub examine* lo siguiente:

- De acuerdo con constancia de servicios prestados proferida por la FGN el 3 de diciembre de 2018 y lo manifestado en el libelo introductorio, el demandante labora al servicio de la Rama Judicial desde el 10 de octubre de 1979, siendo incorporado a la FGN a partir del 1° de julio de 1992 en el cargo de Auxiliar de Fiscalía Grado 9 (Archivo: "1.CUADERNO No1" / fol. 117).

- Mediante memorial del 25 de febrero de 1993 el demandante, aludiendo a que su incorporación a la FGN fue con anterioridad al 31 de diciembre de 1992, puso en conocimiento de esa entidad que manifestaba acogerse por una única vez al régimen salarial y prestacional que disfrutaba al servicio de la Rama Judicial (Archivo: "1.CUADERNO No1" / fols. 30 y 32).

- A través de Resolución N° 0-2254 del 30 de agosto de 2011, proferida por la FGN, el demandante fue nombrado en provisionalidad en el cargo de Fiscal Delegado Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia (Archivo: "1.CUADERNO No1" / fol. 120).

- En razón de una solicitud de licencia formulada por el demandante el 21 de septiembre de 2011 ante la FGN, esta entidad, mediante Resolución N° 2-3033 del 28 de septiembre de 2011, resolvió conceder a aquél, quien para la fecha se desempeñaba como Asistente de Fiscal II, licencia especial no remunerada por el término de un (1) año, a partir del 3 de octubre de 2011 al 2 de octubre de 2012 (Archivo: "1.CUADERNO No1" / fols. 121-123).

- De acuerdo a lo consignado en la Resolución N° 1687 del 24 de noviembre de 2015, proferida por la FGN, el demandante tomó posesión del cargo de Fiscal Delegado Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia el 4 de octubre de 2011 (Archivo: "1.CUADERNO No1" / fols. 18-24).

- Por motivo de una solicitud de renuncia del demandante al cargo de Asistente de Fiscal II, radicado ante la entidad demandada el 7 de octubre de 2013, la FGN, a

Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	250002342000-2019-00889-00.
Demandante:	Efraín Tovar Rodríguez.
Demandado:	Fiscalía General de la Nación.
Asunto:	Sentencia de Primera Instancia.

través de Resolución N° 2-3463 del 7 de octubre de 2013, le aceptó su renuncia a partir del 8 de octubre de 2013 (Archivo: "1.CUADERNO No1" / fols. 126-127).

- En atención a lo referido en la Resolución N° 1821 del 18 de diciembre de 2015, proferida por la FGN, el demandante solicitó el 8 de septiembre de 2015 el reconocimiento y pago de sus cesantías con destino a la compra de vivienda (Archivo: "1.CUADERNO No1" / fol. 87).

- Frente a la anterior solicitud, la FGN profirió los actos administrativos demandados contenidos en:

i) Resolución N° 1686 del 24 de noviembre de 2015, "*por la cual se reconoce y ordena el pago de un auxilio parcial de cesantías régimen de rama*", determinando una liquidación comprendida entre el 27 de diciembre de 2010 a 3 de octubre de 2011 y ordenándose pagar a favor del demandante un valor de once millones ciento once mil ochocientos cincuenta pesos (\$11.111.850) (Archivo: "1.CUADERNO No1" / fols. 33-35); y

ii) Resolución N° 1687 del 24 de noviembre de 2015, "*por la cual se reconoce un auxilio de cesantías parciales*", con una liquidación comprendida entre el 4 de octubre de 2011 a 30 de diciembre de 2014, ordenándose pagar a favor del demandante un valor de diecinueve millones setecientos noventa y cuatro mil ciento veintiocho pesos (\$19.794.128) y señalándose que, al no existir por parte de aquél la voluntad de afiliación a un administrador de cesantías, resolvía consignar esa suma en el Fondo de Cesantías Protección (Archivo: "1.CUADERNO No1" / fols. 18-24).

- En contra los actos administrativos previamente referidos el demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, manifestando oponerse contra lo resuelto en tales actos, debido a que laboraba al servicio de la Rama Judicial en fecha anterior a la ahí consignada. Agregó además que sus cesantías debieron liquidarse de manera retroactiva y, en caso de considerarse que fuera de forma anualizada, planteó que debió reconocerse a su favor la sanción moratoria por consignación tardía de sus cesantías (Archivo: "1.CUADERNO No1" / fols. 100-105).

- De acuerdo a lo manifestado en la demanda, advirtiéndose que se está frente a una negación indefinida y lo cual no fue desvirtuado por la entidad demandada, se observa que el recurso de reposición y en subsidio apelación en mención no le fue resuelto por la FGN a la parte demandante.

Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	250002342000-2019-00889-00.
Demandante:	Efraín Tovar Rodríguez.
Demandado:	Fiscalía General de la Nación.
Asunto:	Sentencia de Primera Instancia.

- A través de la Resolución N° 1821 del 18 de diciembre de 2015, la FGN resolvió aclarar parcialmente la Resolución N° 1686 del 24 de noviembre de 2015, en el sentido de indicar que la fecha de antigüedad desde la cual presta sus servicios el demandante es el 10 de octubre de 1979 y no como se informó en la última resolución en comento (Archivo: "1.CUADERNO No1" / fols. 87-89).

5. Caso concreto. Conforme a lo reseñado en el curso de esta providencia, el punto de partida para el presente asunto consiste en determinar, en primer lugar, si al demandante le asiste el derecho a que el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías parciales dispuestas por la entidad demandada a través de los actos administrativos demandados contenidos en las Resoluciones N° 1686 y 1687 del 24 de noviembre de 2015 debieron efectuarse de manera retroactiva y no de forma anualizada.

Al respecto, la Sala debe señalar que, de acuerdo a lo analizado en el fundamento normativo de esta providencia, en relación con los servidores que laboraban al servicio de la Rama Judicial y fueron incorporados a la FGN, se encuentra que, en virtud del artículo 64 del Decreto 2699 de 1991, aquéllos tuvieron la posibilidad de optar, **por una única vez**, por mantener el régimen salarial y prestacional que disponían al servicio de la primera entidad aquí referida, como fue el caso del demandante, puesto que, según se relacionó en el fundamento fáctico atrás aludido, al ser incorporado a la FGN en el cargo de Auxiliar de Fiscalía Grado 9, aquél manifestó su voluntad por mantener el régimen salarial y prestacional del que gozaba al servicio de la Rama Judicial.

Por estos motivos, punto que no es objeto de discusión, la FGN mantuvo el reconocimiento de una liquidación retroactiva de sus cesantías hasta el momento en que el demandante tomó posesión el 4 de octubre de 2011 del cargo de Fiscal Delegado Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia, fecha a partir de la cual consideró que al tratarse de una nueva vinculación del demandante al servicio de dicha entidad ya no podía continuar siendo beneficiario del antiguo régimen retroactivo de cesantías de la Rama Judicial.

De esta manera, a efectos de esclarecer la viabilidad jurídica de la anterior postura, resulta oportuno destacar que el Consejo de Estado en un asunto con estrecha similitud fáctica al *sub examine*, pues se trata de un proceso en el que el ahí

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 250002342000-2019-00889-00.
Demandante: Efraín Tovar Rodríguez.
Demandado: Fiscalía General de la Nación.
Asunto: Sentencia de Primera Instancia.

demandante también estaba vinculado en un cargo en carrera en la FGN y pasó a desempeñar, a diferencia del aquí demandante que pasó a ocupar un empleo en provisionalidad dentro de esa entidad, otro empleo de libre nombramiento y remoción; en esa oportunidad dicha Corporación tuvo la oportunidad de señalar las siguientes precisiones sobre esa situación administrativa¹⁸:

38. Al respecto, esta Sala de decisión encuentra acreditado a partir de los elementos de prueba valorados en precedencia, que el actor se encontraba vinculado en carrera en el cargo de Fiscal Delegado, respecto del cual, como lo señaló la entidad en la Resolución 198 del 31 de mayo de 2011, sin embargo **tal situación no le permitía conservar el régimen retroactivo de cesantías del cual era beneficiario, al aceptar en propiedad el cargo de Director Seccional de Fiscalías, el cual por disposición del artículo 59 de la Ley 938 de 2004 es de libre nombramiento y remoción, con sujeción automática al régimen salarial y prestacional de dicho empleo preestablecido por el legislador, y que en tal virtud, modificó el régimen de la rama judicial del que era beneficiario el actor hasta la posesión en dicho cargo de la FGN.**

(...)

41. Por todo lo anterior, **mal puede el actor pretender la reliquidación de las cesantías definitivas por todo el tiempo laborado con la administración, cuando la situación administrativa que pretende le sea restablecida se creó a través del acto por el cual la administración le manifestó al titular que al aceptar el cargo de Director Seccional de Fiscalías también se acogió al sistema salarial y prestacional de dicho cargo de la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual, perdió el beneficio de la retroactividad de las cesantías.**

(...)

(N)o es posible alegar la vulneración de derechos adquiridos, pues como se expuso, el régimen de retroactividad de las cesantías fue creado para garantizar los derechos de aquellas personas beneficiarias del régimen de retroactividad hasta la terminación del vínculo con la administración; y **al cambiar la vinculación en un cargo de carrera a uno de libre nombramiento y remoción pues también cambia el régimen salarial y prestacional, toda vez que el empleado debe someterse a los lineamientos jurídicos del nuevo cargo y no pretender que se le continúe reconociendo un sistema del cual se alejó al aceptarlo.**

(Negrilla y subrayado fuera de texto).

Como se puede observar, en atención al anterior pronunciamiento y de acuerdo a lo analizado en el fundamento normativo de este fallo, la Sala concluye que, contrario a lo pretendido por la parte demandante, no es posible que la liquidación de las cesantías que le fueron reconocidas a través de los actos administrativos demandados se realice de manera retroactiva, puesto que al decidir aquél posesionarse el **4 de octubre de 2011** en el cargo de Fiscal Delegado antes Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional, se está frente a una nueva vinculación y una nueva situación administrativa que, en razón de ello, no le permitía conservar el régimen retroactivo de cesantías del cual era beneficiario y que estaba

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 41001-23-33-000-2012-00059-02(4966-16).

Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	250002342000-2019-00889-00.
Demandante:	Efraín Tovar Rodríguez.
Demandado:	Fiscalía General de la Nación.
Asunto:	Sentencia de Primera Instancia.

supeditado a su anterior vinculación como Asistente de Fiscal II con dicha entidad y para el cual presentó su renuncia.

Así entonces, se considera que al tomar posesión el demandante del cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos, aunada a la referida renuncia, aquél automáticamente se sometió al régimen salarial y prestacional previsto para ese empleo, siendo inviable que pretenda la aplicación de un régimen retroactivo de cesantías que nunca fue previsto para ese cargo, puesto que, como fue mencionado, se está frente a una nueva situación administrativa que debe regirse por las normas salariales y prestacionales propias de ese empleo y no a las del empleo para el cual renunció a sus prerrogativas.

Como consecuencia de lo previamente expuesto, la Sala concluye que, contrario a lo formulado por el demandante en su libelo, a aquél no le asiste derecho a que la liquidación de las cesantías que le fueron reconocidas por la FGN a través de los actos acusados se realice de manera retroactiva, sino anualizada, tal y como se dispuso en los mismos, razón por la cual se negará esa súplica de la demanda.

Así las cosas, al determinarse que la liquidación de las cesantías del demandante se debe realizar de manera anualizada, será del caso analizar lo relacionado con la pretensión subsidiaria de la demanda tendiente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la consignación tardía de sus cesantías. Para esos efectos, resulta pertinente destacar que no es objeto de discusión por las partes que las cesantías que aquél causó desde el 4 de octubre de 2011 y hasta el 30 de diciembre de 2014 no le fueron consignadas sino hasta el momento en que fue proferido el acto demandado contenido en la Resolución N° 1687 del 24 de noviembre de 2015.

Al respecto, cabe reseñar que en ese acto administrativo la entidad demandada relacionó la razón por la cual no había procedido a realizar la consignación de dichas cesantías en la cuenta del fondo de cesantías del demandante, advirtiendo sobre ese punto que (Archivo: "1.CUADERNO No1" / fol. 24):

Que al no existir por parte del señor Tovar Rodríguez voluntad de afiliación a un fondo administrador de cesantías dado su cambio de régimen salarial y prestacional, la Fiscalía General Subdirección Seccional de Apoyo a la Gestión de Bogotá, ha determinado el pago y consignación de los valores señalados en el presente acto administrativo en el Fondo de Cesantías Protección.

Anterior manifestación que logra corroborarse con lo consignado por el demandante en su recurso de reposición y en subsidio apelación interpuesto contra los actos

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 250002342000-2019-00889-00.
Demandante: Efraín Tovar Rodríguez.
Demandado: Fiscalía General de la Nación.
Asunto: Sentencia de Primera Instancia.

administrativos demandados en cuanto señaló (Archivo: "1.CUADERNO No1" / fols. 103-104):

(E)s más, no se tomaron la molestia de revisar si dentro de los documentos firmados por el suscrito y que se deben diligenciar previo a la posesión de cargo, en este caso de fiscal, llene los documentos relacionados con Salud, pensiones, caja de compensación y cesantías, formato éste último, donde registre que mis cesantías, estaban en la Fiscalía General de la Nación, por ser del régimen retroactivo, **en ningún momento firme, suscribí o diligencie formato alguno de cesantías de un fondo privado**, ya que si así hubiera ocurrido, pues debería estar en mi hoja de vida, y la entidad desde el 2012 debía haberme pagado y consignado las cesantías en un fondo privado, pero como lo repito, **no escogí fondo privado porque no renuncié a mi régimen salarial y prestacional**, dejando plasmado y consignado en el formato de cesantías, que las mismas estaban en la Fiscalía General de la Nación. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Como se puede observar, los motivos que conllevaron a que la FGN no consignara las cesantías causadas por el demandante en ningún fondo consistieron en que aquél, por considerar aquél que no perdió los beneficios del régimen retroactivo de sus cesantías, nunca seleccionó ningún fondo privado de cesantías en donde la entidad en mención pudiera realizar esa acción y cumplir de esta manera con el mandato legal previsto en la Ley 50 de 1990, en el sentido de consignar antes del 15 de febrero del año siguiente las cesantías que el demandante hubiere causado.

Precisado lo anterior, teniendo en cuenta la situación antes descrita, resulta pertinente recordar que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías se encuentra prevista por el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el cual determina que *"(e)l 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 el mismo elija**"* (negrilla y subrayado fuera de texto).

Así entonces, al observarse que en el presente asunto el demandante nunca eligió ningún fondo de cesantías donde la FGN le pudiera realizar la consignación de esa prestación, la Sala extrae que no se cumple con el presupuesto o la condición prevista por la última norma en comento respecto a que la cesantía sería consignada en el fondo que el interesado elija, puesto que, como ya fue referido, el demandante nunca seleccionó ningún fondo de esa naturaleza y, como consecuencia de ello, no era posible para la entidad demandada cumplir con el mandato legal en comento.

Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	250002342000-2019-00889-00.
Demandante:	Efraín Tovar Rodríguez.
Demandado:	Fiscalía General de la Nación.
Asunto:	Sentencia de Primera Instancia.

Por estos motivos, mal haría la Sala en condenar a la FGN a la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías del demandante cuando, por razones atribuibles a éste, nunca tuvo la posibilidad de proceder de esa manera y, en razón de ello, no se observa ningún actuar negligente e injustificado que amerite la imposición de la referida sanción. Al respecto, el Consejo de Estado tuvo la oportunidad de señalar¹⁹:

En este contexto, estima la Sala que no es procedente acceder a las pretensiones del actor de reconocerle la sanción moratoria por la consignación extemporánea de sus cesantías, de manera automática e inflexible, ya que se debe examinar la conducta del empleador (público o privado) con el fin de descalificar o no su proceder por negligencia, descuido, mala fe²⁰ o demora injustificada al momento de realizar los trámites tendientes a la satisfacción de las obligaciones a su cargo²¹.

En ese orden de ideas, la Sala concluye que en el presente asunto no se cumplen los presupuestos para que, pese a observarse una consignación tardía de las cesantías causadas por el demandante, se imponga la correspondiente sanción moratoria por esa circunstancia, toda vez que las razones para que se haya presentado esa situación no resultan imputables a un actuar negligente de la entidad demandada sino que ese proceder se encuentra justificado, en tanto el demandante nunca le comunicó la elección de ningún fondo de cesantías.

6. Conclusión. Las anteriores consideraciones son suficientes para concluir que en el presente asunto no fue desvirtuada la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, mediante los cuales la entidad demandada resolvió reconocer unas cesantías parciales a favor de la parte demandante.

7. Condena en costas. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, mediante la cual se adicionó un inciso al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, al no verificarse que la demanda objeto de estudio fue interpuesta con manifiesta carencia de fundamento legal, la Sala no condenará en costas.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER, Bogotá, D.C., primero (1) de marzo de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00202-01(3941-14).

²⁰ *La mala fe no se presume, se prueba. En este sentido ver la sentencia de 21 de septiembre de 2010, radicado 32416, de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia.*

²¹ *En este sentido se pueden consultar las sentencias de la Corte Suprema de Justicia (sala laboral) de 30 de junio de 1994 (radicado 6666), 15 de julio de 1994 (radicado 6658), 13 de abril de 2005 (radicado 24397) y 29 de junio de 2016 (radicación 45536).*

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 250002342000-2019-00889-00.
Demandante: Efraín Tovar Rodríguez.
Demandado: Fiscalía General de la Nación.
Asunto: Sentencia de Primera Instancia.

8. Renuncia de poder. Respecto de la renuncia de poder presentada por el abogado César Alberto Campo Ospino, identificado con la C. C. N° 12.561.700 y portador de la T. P. N° 70.455 del C. S. de la J. (Archivo: “6.renuncia y comunicacion Magistrado”), se observa que, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 76 del C. G del P.,²² resulta improcedente acceder a la misma, toda vez que el mencionado abogado no acredita el cumplimiento de la comunicación enviada al poderdante en el sentido de manifestar su renuncia al poder que le fuese conferido.

Finalmente, se advierte que, en los términos del artículo 11 del Decreto Legislativo N° 491 de 2020, en concordancia con el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1287 de 2020, la presente providencia se suscribe mediante firma escaneada.

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

V. FALLA

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, de conformidad con las anteriores consideraciones.

SEGUNDO: Sin condenar en costas, por lo antes expuesto.

TERCERO: NO ACCEDER a la renuncia de poder presentada por el abogado César Alberto Campo Ospino, identificado con la C. C. N° 12.561.700 y portador de la T. P. N° 70.455 del C. S. de la J., como apoderado de la parte demandante (Archivo: “6.renuncia y comunicacion Magistrado”).

CUARTO: Por Secretaría, expídanse a su costa las copias que sean solicitadas por las partes.

QUINTO: También por Secretaría, una vez en firme la presente decisión, procédase con la devolución a la parte demandante del remanente de la cuota de gastos a que hubiere lugar.

²² **ARTÍCULO 76. TERMINACIÓN DEL PODER.** (...) La renuncia no pone término al poder sino cinco (5) días después de presentado el memorial de renuncia en el juzgado, acompañado de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido. (...)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 250002342000-2019-00889-00.
Demandante: Efraín Tovar Rodríguez.
Demandado: Fiscalía General de la Nación.
Asunto: Sentencia de Primera Instancia.

SEXTO: En los términos del inciso 1º del artículo 298 del CPACA, una vez verificado el cumplimiento de la presente decisión, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en sesión realizada en la fecha.



NÉSTOR JAVIER CALVO CHAVES
Magistrado



CARMEN ALICIA RENGIFO SANGUINO
Magistrada
SALVAMENTO PARCIAL

JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES
Magistrado

dimz