



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, veinticinco (25) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

REFERENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
PROCESO: 70-001-33-33-008-2014-00227-01
DEMANDANTE: JOSÉ LUIS MÁRQUEZ SOLÓRZANO
DEMANDADO: MUNICIPIO DE COROZAL -SUCRE
TEMA: SANCIÓN MORATORIA.

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 18 de abril de 2016 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo, la cual resolvió denegar las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió el señor JOSÉ LUIS MÁRQUEZ SOLÓRZANO contra del MUNICIPIO DE COROZAL (SUCRE).

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda¹

El señor JOSÉ LUIS MÁRQUEZ SOLÓRZANO instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la cual formula las siguientes **PRETENSIONES:** (i) se declare la nulidad del Acto Administrativo plasmado en el oficio sin número y sin fecha, expedido por la Alcaldía de Corozal y suscrito por Eduardo Gómez – Alcalde de Corozal, el cual negó las pretensiones solicitadas con el escrito de derecho de petición presentada el 5 de marzo de 2014 ; (ii) como consecuencia de lo anterior solicita que se condene al Municipio de Corozal a pagar a favor del demandante, la sanción

¹ Fol. 1-15 C. Ppal.

moratoria por la no consignación de las cesantías en el fondo de pensiones BBVA HORIZONTE. Las sumas de dinero que resulten adeudadas serán indexadas.; **(iii)** Que el municipio de Corozal diera cumplimiento a la sentencia dentro del término señalado en el art 176 del C.C.A y reconocerá los intereses de que se trata el inciso final del Art 177 ibídem. ; **(iv)** solicita que se ordene que la sentencia condenaría se expida copia autentica, con la constancia de ser primera copia y de prestar merito ejecutivo así mismo la copia autentica de los poderes con la constancia de ser vigentes y/o haber sido revocados.; **(v)** se condene en costas en los términos del Art 55 de la Ley 446 de 1998.

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS** la parte demandante indica que:

El señor José Luis Márquez Solórzano es trabajador del municipio de Corozal – Sucre desde el 3 de diciembre de 1992.

El municipio de Corozal ha incurrido en mora en el pago de sus cesantías, ya que debían ser consignadas en el fondo de pensiones y cesantías correspondientes antes del 15 de febrero de cada año y hasta el 31 de diciembre de 2002, teniendo en cuenta que, desde esta fecha es que el demandado consigna las cesantías en el BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías.

Mediante derecho de petición el 5 de marzo de 2014, solicitó al municipio de Corozal el reconocimiento de haber incurrido en mora en la consignación de las cesantías, desde la fecha de vinculación hasta el año 2000.

El alcalde del municipio de Corozal, mediante oficio sin número y fecha, negó las peticiones del demandante, alegando la prescripción trienal y por encontrarse el demandante vinculado antes de 1996.

El 10 de julio de 2014 se llevó a cabo audiencia de conciliación extrajudicial entre las partes, ante la procuraduría 103 Judicial I para asuntos administrativos; sin embargo, fue declarada fallida por no asistir ánimo conciliatorio entre las partes.

Como **NORMAS VIOLADAS** señaló la Constitución Nacional, Artículos 25, 53,58 y 315 numeral 1- Ley 50 de 1990, Art 99 y Decreto 1582 de 1998, Artículo 1.

Como **CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN** menciona que el acto que da lugar a la demanda está viciado de nulidad por infringir normas señaladas, conforme expone que el municipio de corozal incumplió con las obligaciones de consignar anualmente las cesantías al demandante tal como lo establece el Art 99 de la Ley 50 de 1990, por lo cual hay lugar a la sanción por la no consignación de las cesantías el fondo correspondiente de conformidad a lo dispuesto en el art. 99 numeral 3 de la Ley 50 de 1990, el ente demandado deberá pagar a cada uno de los actores, un día de salario por cada día de retardo, conforme a la liquidación que se anexa en la demanda.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La entidad demandada guardó silencio.

1.3 LA PROVIDENCIA IMPUGNADA².

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo denegó las pretensiones de la demanda atendiendo a las siguientes consideraciones:

Que el actor no está sujeto a lo regulado en la Ley 50 de 1990 que reglamenta el régimen anualizado -, sino que esta cobijado por el régimen retroactivo.

Que el régimen de cesantías retroactivo no se aplica la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, por cuanto en el Régimen retroactivo de pago de cesantías, éstas se reconocen en forma definitiva al momento en que finiquita el vínculo entre el funcionario y el Estado, es decir, cuando aquel se retira del servicio. Su no cancelación dentro del plazo señalado en el Art 2 de la Ley 244 de 1995, genera una sanción por mora consistente en un día de salario por cada día de retraso hasta que se haga efectivo el pago de la misma.

² Fols. 71 - 79 C. Ppal.

El traslado no se configura el traslado del régimen retroactivo a anualizado, por cambio de administradora de fondo de cesantías; por consiguiente no se encuentra probada la causal de anulación del acto acusado, invocada por la parte actora.

1.4 LA IMPUGNACIÓN³.

El demandante presentó recurso de apelación dentro del término correspondiente, en donde solicitó revocar la sentencia de primera instancia con fecha del 18 de abril de 2016 con los siguientes argumentos.

Art. 1 decreto 1582 de 1998:

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.

Así mismo señala el Art 99 de la Ley 50 de 1990, establece:

Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

³ Fls. 82 - 83 C. Ppal.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcional 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.

Manifiesta que una vez realizada la lectura de la norma antes transcritas el municipio de corozal incumplió con las obligaciones de consignar anualmente las cesantías al demandante tal como lo establece el Art 99 de la Ley 50 de 1990. Como consecuencia del anterior incumplimiento el ente demandado se hace acreedor de la siguiente sanción:

Por la no consignación de las cesantías el fondo correspondiente de conformidad a lo dispuesto en el art. 99 numeral 3 de la Ley 50 de 1990, el ente demandado deberá pagar a cada uno de los actores, un día de salario por cada día de retardo, conforme a la liquidación que se anexa en la demanda.

1.5 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

- Parte demandante.

La parte demandante presentó alegatos de conclusión⁴ dentro del término legal correspondiente en escrito donde retoman los argumentos mencionados en el recurso de apelación, haciendo énfasis en la aplicación del Decreto 1582 de 1998 y el Art 99 de la Ley 50 de 1990.

- Parte Demandada.

La entidad demandada presentó sus alegatos de conclusión dentro del término legal correspondiente arguyendo que el señor JOSE LUIS MÁRQUEZ, viene vinculado al municipio de Corozal desde el 3 de Diciembre de 1992, de

⁴ Fols 28 a 31 C. de apelación.

acuerdo a lo dicho por su apoderada en el hecho número 1 de la demanda y su afiliación al fondo de cesantías para la administración de las mismas fue en el año 2002, señalado entonces el extremo temporal de vinculación del trabajador, se puede determinar a qué régimen de cesantías pertenece.

Enfatiza la parte accionada que es pertinente hacer énfasis en la normatividad aplicable a los servidores públicos territoriales en materia de cesantías, para lo cual cuenta con tres regímenes vigentes; régimen retroactivo en virtud del cual las cesantías son liquidadas tomando como base el último sueldo devengado, no dando lugar al pago de intereses y no procedencia de la Sanción Moratoria.

Por todo lo expuesto en los alegatos de conclusión solicita el accionado que se confirme la decisión de primera instancia, en la que se absolvió al municipio de Corozal de las pretensiones del accionante.

- **Ministerio Público:** El Ministerio Público guardó silencio.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1 LA COMPETENCIA.

Esta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A. Se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto.

2.2 PROBLEMA JURÍDICO.

La P. Demandante solicitó la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio de fecha 13 de enero de 2012, mediante el cual la Administración municipal de Corozal- Sucre, le niega el derecho al pago y reconocimiento de una sanción moratoria por no consignación de cesantías de los años 1996 a 2000.

El Juzgado de Primera instancia negó las pretensiones de la demanda por considerar que al actor en los años 1996 a 2000, se le aplica el régimen de

liquidación de cesantías retroactivas, que no contempla entre sus características el pago de la indemnización pretendida.

La parte demandante inconforme con la sentencia formula recurso de apelación, insistiendo en la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y por tanto solicita la revocatoria de la decisión y el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en favor del actor.

En ese orden, corresponde al Tribunal en segunda instancia, dilucidar *¿si al actor, en su condición de empleado público del orden territorial vinculado desde el 3 de diciembre de 2002 al municipio de Corozal, le asiste derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de las de las cesantías, contemplada en la Ley 50 de 1990?*

2.3. ANALISIS DE LA SALA.

El Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia, al verificar que al actor no le asiste derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria reclamada, toda vez que: *i) durante los años de 1996 a 2000 se encuentra cobijado por las reglas de liquidación del sistema tradicional de cesantías, el cual no contempla el pago de sanción moratoria; ii) no demostró el cambio de régimen de liquidación del tradicional al anualizado, pues la sola afiliación al Fondo Privado Administrador de Cesantías no conlleva el cambio de régimen de liquidación.*

Lo anterior sustentado en los siguientes argumentos jurídicos y probatorios:

2.3.1.- DEL AUXILIO DE CESANTÍAS Y LA PROCEDENCIA DE LA SANCIÓN MORATORIA POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS CONSAGRADA EN EL NUMERAL 3° DEL ARTÍCULO 99 DE LA LEY 50 DE 1990 PARA LOS EMPLEADOS DEL ORDEN TERRITORIAL.

El auxilio de cesantías desde su consagración como derecho prestacional de los empleados, sin considerar si son públicos o de sector privado, fue concebida bajo la idea que el trabajador cesante, esto es, quien ha dejado de laborar cualquiera sea la causa⁵, tenga como solventar sus necesidades

⁵ Excepto en los casos excepcionales de pérdida del derecho.

básicas, hoy diríamos mínimo vital, en caso de desempleo. Esto es, no es un seguro de desempleo, pero si fue considerada como un remplazo o ahorro diferido del salario para efectos de la cesación de trabajo, mientras logra reingresar a la fuerza laboral⁶. Por tal razón, se ha considerado que la exigibilidad del derecho viene dada por la desvinculación laboral del empleado, esto es, por la terminación de la relación empleaticia.

En su regulación inicial, se le dio connotación indemnizatoria para luego pasar a prestación social⁷, que como un derecho que se causa por la prestación de servicios personales subordinados a razón de un mes de salario por cada año de servicio, y proporcional al tiempo de servicios, siendo liquidada con el último salario devengado y se paga a la terminación de la relación laboral⁸. A esta forma de liquidar el auxilio de cesantías se le ha denominado retroactivo o tradicional.

Al lado de dicha forma de liquidación, y decimos forma de liquidación porque el derecho es el mismo, en el año de 1990 con la ley 50 del mismo año, se introdujo el sistema anualizado, que consistió en liquidar a 31 de diciembre de cada año el valor de las cesantías causadas y consignarlas en un fondo administrador de cesantías a más tardar el 15 de febrero de la anualidad siguiente a la que se liquide, pero sin afectar la naturaleza en que estaba inspirada la prestación social, esto es, servir de ayuda, apoyo o socorro monetario para cuando el trabajador se quede sin empleo.

Ahora bien, el en régimen prestacional del sector público territorial coexisten varios regímenes de liquidación de cesantías de los empleados públicos, cada

⁶ El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 18 de enero de 1951, con ponencia del Consejero Baudilio Galán Rodríguez, actor: Julio C. Gaita; demandado: Caja Nacional de Previsión Social, señaló: *"El objeto primordial de esa prestación era la de que el empleado u obrero pudieran atender a su subsistencia, al menos momentáneamente, mientras conseguía nueva ocupación. De ahí su nombre inicial auxilio de cesantía, que aún perdura, a través del completo cambio de legislación, y que resulta impropio y anacrónico, como se demostrará más adelante, en el curso de esta providencia. Fue la Ley 6ª de 1945, siguiendo el derrotero que ya había trazado el Decreto legislativo 2350 de 1944, la que estableció el derecho de cesantía, impropriamente llamado auxilio para los trabajadores oficiales, ya en forma general y constante. Como fácilmente puede comprenderse, estas disposiciones cambiaron sustancialmente la índole de la cesantía. Ya no se trataba del auxilio, gracia o indemnización que se consagraba para el personal trabajador de buena conducta como una defensa contra el despido injusto y como una sanción contra el patrono, sino como un derecho generador de un bien patrimonial, que se consolidaba en cabeza del trabajador por un lapso trienal de servicio, exigible a la terminación del contrato, cualquiera que fuere la causa de esa terminación, así el retiro voluntario, como la mala conducta, la enfermedad, etc."*

⁷ A partir de la ley 65 de 1946.

⁸ En el orden territorial, la cesantía continuó bajo los lineamientos de la Ley 6ª de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946 y Decreto 1160 de 1947 que contemplan su pago de manera retroactiva.

uno de los cuales se **aplica de manera integral en virtud del principio de inescindibilidad**, así:

1.- Régimen de Cesantías con Retroactividad, que se rige por la ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan y es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996. En este sistema no hay lugar al pago de intereses.

2.- Régimen Administrado por el Fondo Nacional de Ahorro, desarrollado en el artículo 5º y demás normas pertinentes de la ley 432 de 1998 que regula a los servidores que a él se afilien y contempla la liquidación anual de cesantías, pago de intereses por parte del Fondo.

3.- Régimen de Liquidación de Cesantías por Anualidad, creado por la ley 50 de 1990, con la creación de los Fondos Administradores de cesantías y trajo consigo la liquidación anualizada del auxilio de cesantías, el pago de intereses del 12%, sobre el valor de las cesantías y la obligación en vigencia de la relación laboral de consignarlas hasta antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente en que se causen.

Este sistema de cesantías, trae la aplicación de una sanción moratoria por falta o retardo en la consignación del auxilio de cesantías de los servidores en los fondos privados, la cual se encuentra regulada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, así:

"Ley 50 de 1990, artículo 99: El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1. 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 que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcional 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.

3. 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 día de retardo.

La indemnización que en principio se estableció para los empleados del sector privado o particulares, se le amplió su radio acción al sector público con la expedición y entrada en vigencia del artículo 13 de la Ley 344 de 1996; norma que dispone:

"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."*

Disposición reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, en los siguientes términos:

"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."

A partir de este momento, se abre la posibilidad para que a los empleados públicos se les liquide a 31 de diciembre de cada año el valor generado por las cesantías y se les consigne en un fondo administrador de cesantías a más tardar el 14 de febrero de la anualidad siguiente a la que se causen, generándose en su favor, el pago de intereses de cesantías correspondientes al 12% anual y una sanción consistente en un día de salario por cada día de retardo, para el empleador que consigne las cesantías más allá del plazo de gracia concedido para el efecto. **De igual manera, la norma estableció de forma imperativa la aplicación inmediata de este sistema de liquidación de cesantías para los servidores públicos que se vinculen a partir del 31 de diciembre de 1996⁹, pero no opera de forma automática para quienes venían vinculados al servicio con anterioridad a dicha fecha.**

⁹ Se precisa que para quienes aplica el régimen anualizado de cesantías, la no manifestación del Fondo al que se debe hacer la consignación no exime de responsabilidad al empleador público frente al incumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable por virtud, como se vio de la ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998.

Ahora bien, debe señalarse igualmente que el Decreto 1582 de 1998, previó que los servidores públicos territoriales beneficiarios del régimen de liquidación retroactiva del auxilio de cesantías, esto es, los que venían laborando como servidores públicos antes del 31 de diciembre de 1996, en lo que interesa al presente proceso, podrían:

1. Acogerse al nuevo sistema de liquidación anual.
2. Manejar sus cesantías retroactivas a través de los fondos privados, sin perder su sistema de liquidación tradicional.

En el primer evento, el sometimiento al sistema de liquidación anual, involucra la aplicación de la sanción moratoria por retardo en la consignación de las cesantías, a razón de un día de salario, al tenor de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sanción que opera por el simple transcurso del tiempo, sin necesidad de establecer si existe o no mala fe del empleador público incumplido.

Se precisa entonces que para quienes aplica el régimen anualizado de cesantías, la no manifestación del Fondo al que se debe hacer la consignación no exime de responsabilidad al empleador público frente al incumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable por virtud, como se vio de la ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998.

En el segundo caso, simplemente opera un cambio de administración del dinero ahorrado por cesantías, pero sin perder la retroactividad y por ende no hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990; conclusión que se extrae de lo señalado claramente en el artículo 2º del Decreto 1582 de 1998¹⁰, el cual literalmente reza:

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

La afiliación de los servidores públicos territoriales a un fondo de cesantías en el evento previsto en el inciso anterior, se realizará en virtud de convenios suscritos entre los empleadores y los mencionados fondos, en los cuales se precisen

¹⁰ Los artículos 2 del Decreto 1252 de 2000 y 3 del Decreto 1919 de 2002, señalaron que a la fecha de entrada en vigencia de una y otra disposición estuvieran gozando del régimen de retroactividad de cesantías seguirían manteniendo el mismo.

claramente las obligaciones de las partes, incluyendo la periodicidad con que se harán los aportes por la entidad pública, y la responsabilidad de la misma por el mayor valor resultante de la retroactividad de las cesantías.

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

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

Así lo ha manifestado, el H. Consejo de Estado en providencia del 24 de julio de 2008, señalando al efecto:

*"CESANTIAS DE SERVIDORES PUBLICOS DEL NIVEL TERRITORIAL – Normatividad aplicable / CESANTIAS DE SERVIDORES PUBLICOS DEL NIVEL TERRITORIAL - Regímenes de liquidación. El decreto 1582 de 1998 regula tres situaciones respecto del régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial: Primero, la de los vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, que no es el caso de la actora pues esta ingresó a la administración distrital el 20 de febrero de 1979, a quienes se les dio la posibilidad de afiliarse a los fondos privados de cesantías y quedar gobernados por los artículos 99, 102 y 104 de la ley 50 de 1990 o afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro y regirse por el artículo 5º de la ley 432 de 1998 (artículo 1º). Segundo, la de los servidores públicos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad, que decidieron acogerse al régimen de cesantía de dicha ley, que tampoco es la situación de la demandante, pues no obra escrito suyo en el que expresamente renuncie a la retroactividad (artículo 3º). Tercero, la de los servidores públicos del nivel territorial cobijados por el sistema tradicional de retroactividad, esto es, los vinculados antes de la expedición de la ley 344 de 1996, a quienes se les dio la opción de afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro, caso en el cual los aportes al mismo se realizan por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 60 de la Ley 432 de 1998; o de afiliarse a las entidades administradoras de cesantías creadas por la ley 50 de 1990, en orden a que estas "administren" en cuentas individuales los recursos para el pago de sus cesantías (artículos 1, parágrafo, y 2º). **Debe entenderse que quien se acoge a esta última opción no pierde el beneficio de la retroactividad; simplemente lo que opera es un cambio de administrador para el manejo de la prestación pues tal función deja de ser prestada por la entidad empleadora o el fondo público de cesantías para pasar a ser ejercida por un fondo privado**"¹¹ (negrillas fuera del texto)*

Por consiguiente, aquellos trabajadores beneficiarios de retroactividad, esto es los vinculados con anterioridad a la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, que decidan acogerse a liquidación anual, para que se les pueda aplicar el reconocimiento de la sanción moratoria, es menester la prueba irrestricta

¹¹ Consejo de Estado Sección Segunda, en providencia del 24 de julio de 2008, expediente No. 25000-23-25-000-2001-00798-01(2471-04)

de la manifestación expresa de acogerse al régimen de liquidación anual de cesantías, esto es, no basta la simple afiliación o manejo de las cesantías por parte de un fondo privado, sino que es necesario que el servidor público cambie el régimen de cesantías, del retroactivo al anual, tal como lo ha señalado la Sección II Segunda Subsección B del Consejo de Estado en sentencia del 3 de diciembre de 2009:

"Esta instancia deberá centrar el estudio de la controversia a las razones de la impugnación, concretamente si para el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es necesario que demuestre el peticionario, vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, haber manifestado a la entidad territorial su deseo de trasladarse del régimen retroactivo al régimen anualizado. En caso positivo, cuál el medio idóneo para probar tal manifestación", se concluyó: "Así las cosas, la respuesta al problema jurídico planteado es positiva, es decir que si se pretende reclamar la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías anuales, es necesario que se demuestre haber manifestado a la entidad el deseo de trasladarse al nuevo régimen de cesantías; y aunque de manera estricta no se puede catalogar de solemne la prueba, si es claro que el único medio idóneo es la comunicación que en este sentido debe necesariamente dirigir y radicar en la entidad el empleado, pues como quedó visto en el marco normativo, efectuada esta manifestación la administración tiene que proceder a liquidar y a consignar los valores correspondientes en el fondo privado que el empleado elija, o en su defecto el que la administración escoja"¹².

Postura que se reafirma por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en sentencia 11 de febrero de 2016, al señalarse que la sanción moratoria no procede a los empleados públicos que sean beneficiarios régimen retroactivo de cesantía y además quien siendo de régimen retroactivo se afile a un fondo administrador privado de cesantías, ello no conlleva el cambio de régimen del retroactivo al anualizado, porque para que opere el cambio de régimen retroactivo de cesantías al anualizado del servidor territorial vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, es preciso que le manifieste expresamente a la administración dicha determinación, de no ser así, su afiliación a un fondo creado en virtud de la Ley 50 de 1990 tan solo implica el cambio de administrador de dichos recursos¹³.

¹² Sentencia del 3 de diciembre de 2009, expediente No. 19001-23-31-000-2004-02143-01(2230-08). Sección II. C. P. Gerardo Arenas Monsalve. Se puede consultar igualmente, sentencia del 11 de julio de 2013, Consejo de Estado, Sección II, expediente No. 70001233100020080012601(025912). Igualmente expediente No. 190012331000200402139 01 No. INTERNO 0110-09.

¹³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda Subsección A. Radicado No. 08001-23-31-000-2011-00752-01(1528-14). C. P William Hernández Gómez.

En la misma línea de pensamiento, en sentencia del 19 de mayo de 2016, se expresó:

"Valga advertir que a pesar de la certificación previamente aludida, en que consta la afiliación de la demandante a Colfondos, en el expediente no obra prueba alguna de que hubiera informado a su empleador -municipio de Soledad- su interés en el traslado o cambio de régimen.

Al respecto, es necesario hacer énfasis en que de conformidad con lo previsto en el artículo 3 del Decreto 1582 de 1998, los servidores públicos vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 344 de 1996, cobijados por el régimen de retroactividad de cesantías, como el caso de la demandante, quien se vinculó a la administración municipal desde el año 1992, tenían la posibilidad de cambiarse de régimen, pero ese cambio no operaba en forma automática por el solo hecho de la creación del régimen anualizado, sino que tenía que mediar la voluntad del empleado, para acogerse al mismo.

Y, esa decisión necesariamente debía ser puesta en conocimiento del empleador, pues era éste quien debía adelantar las gestiones encaminadas a liquidar los valores debidos con fundamento en el régimen de retroactividad y a partir de allí, empezar a realizar las liquidaciones anualizadas, en la forma y términos que dispuso la Ley 344 de 1996 y complementarias.

Sin embargo, y a pesar de la prueba de afiliación de la demandante al fondo privado Colfondos, no está demostrado que hubiera manifestado a su empleador la decisión de cambiar de régimen; por ende, no se puede afirmar que tal cambio se hubiera materializado, máxime cuando según lo certificó el Secretario de Talento Humano⁸ y como se señaló en el acto acusado, la demandante se encontraba inmersa en el régimen de retroactividad de cesantías y no se tuvo conocimiento de su traslado a otro régimen"¹⁴

Nuevamente se pronuncia el 16 de junio de 2016, el H. Consejo de Estado sobre el cambio de régimen de liquidación de cesantías y sus requisitos para que opere, determinando que el solo hecho de afiliarse a un fondo de cesantías privado no conlleva el cambio de régimen del retroactivo al anualizado. De forma conclusiva expuso entonces el Alto Tribunal:

"Así las cosas, y como quiera que el Decreto 1582 de 1998 prevé que el régimen contemplado en la Ley 344 de 1996, es para los servidores vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, y además que su aplicación para quienes se vincularon con anterioridad a esta fecha solo opera para aquellos que decidan acogerse al mismo, debe precisarse que para el cambio de régimen retroactivo de cesantías al anualizado es necesario que el servidor territorial vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, manifieste expresamente a la administración dicha determinación⁵. De no ser así, su afiliación a un fondo creado en virtud de la Ley 50 de 1990 tan solo implica el cambio de administrador de dichos recursos.

En conclusión

Para que opere el cambio de régimen retroactivo de cesantías al anualizado, el servidor público del orden territorial vinculado con anterioridad a la entrada en

¹⁴ Consejo de Estado, Sección II, Subsección A, Radicado No. 08001 23 31 000 2011 01152-01 (0761-15)

vigencia de la Ley 344 de 1996, debe manifestar expresamente a la administración su voluntad en ese sentido”¹⁵

La Corte Constitucional en sentencia C – 428 de 2004, sobre la posibilidad de aplicación del sistema anualizado a trabajadores cobijados por régimen de retroactividad, consideró:

*“...Con la salvedad hecha sobre beneficios incontrovertibles para los trabajadores, los cambios que contemple la nueva legislación únicamente pueden hacerse obligatorios para las relaciones laborales futuras, es decir, las que se entablen después de haber entrado aquélla en pleno vigor, y, en consecuencia, **excepto el caso de anuencia expresa y enteramente voluntaria del trabajador afectado, no es admisible cobijar bajo las nuevas disposiciones las situaciones jurídicas nacidas a partir de vínculos de trabajo que se venían ejecutando al producirse la reforma.** Respecto de ellas, el único que puede optar por incorporarse al régimen posterior, pudiendo permanecer en el antiguo, es el empleado, libre de toda coacción externa y bajo el supuesto de su mejor conveniencia.”*

Requisito que conforme la sentencia C- 859 de 2008, no puede entenderse como arbitrario ni caprichoso. Dijo entonces, la Corte haciendo referencia al artículo 114 de la ley 100 de 1993:

“El requisito de la comunicación escrita para efectos del traslado de régimen de cesantías, no se revela como arbitrario o desproporcionado, pues, de una parte, no conlleva discriminación para quienes se acogen a la Ley 50 de 1990, dado que evidentemente su situación es distinta de quienes optan por trasladarse de régimen pensional; y de otra, tampoco implica desconocimiento del principio de buena fe, ya que debe presumirse que los trabajadores que manifiestan por ese medio su decisión de cambiar de régimen de cesantías, están actuando lealmente con su empleador y con la entidad administradora de esos recursos, y también lo hacen de manera libre, espontánea y sin presiones, ponderando las consecuencias patrimoniales de su decisión”¹⁶.

En consecuencia, el sólo hecho de la afiliación a un fondo administrador de cesantías, no constituye prueba del cambio de régimen, porque en caso que un servidor con sistema de liquidación tradicional se afilie a un fondo privado,

¹⁵ Consejo de Estado, Sección II, Subsección A. Radicado 080012331000201100717 01 (4586-2015).

¹⁶ Igualmente dispone la decisión de constitucionalidad: “Bajo estas premisas resulta claro entonces que, contrariamente a la opinión del actor, el inciso segundo del artículo 114 de la Ley 100 de 1993 no vulnera el principio de irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales consagrado en el artículo 53 superior, toda vez que su contenido normativo nada dispone en relación con los efectos del tránsito legislativo en materia de cesantías operado en virtud de la Ley 50 de 1990, sino simplemente consagra un formalismo para efectos de hacer efectivo el derecho de optar por el nuevo régimen allí regulado, facultad que según se explicó fue hallada conforme con el actual ordenamiento superior por la Corte Suprema de Justicia cuando fungía como juez de la Carta. Ese requisito para hacer efectivo el traslado de régimen de cesantías de los trabajadores que gozan de esa prerrogativa, consiste en la comunicación escrita que el inciso primero de la referida norma exige a quienes se trasladan, por primera vez, del régimen pensional de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, siempre que sea rendida ante notario público o, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar.

Entonces es equivocado sostener, como lo hace el actor, que el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 autoriza la renuncia de derechos adquiridos, pues, se repite, sencillamente establece un requisito obligatorio para los trabajadores vinculados con los empleadores hasta el 31 de diciembre de 1990, que voluntariamente decidan trasladarse al régimen especial de cesantía previsto en la Ley 50 de 1990, consistente en la presentación de una comunicación rendida ante notario, cuyo único objetivo es hacer efectivo dicho traslado”

lo que simplemente se presenta, tal como líneas antes se expuso, es un canje en la administración del dinero de las cesantías, más no de forma de liquidación, pues para ello, se requiere la prueba irrestricta de la petición de cambio de forma de liquidación¹⁷.

Así las cosas, quien siendo beneficiario del régimen de liquidación tradicional de cesantías no manifieste su intención de cambiar de régimen de liquidación y no la prueba en los términos antes referido, no se le aplica la sanción moratoria traída por la Ley 50 de 1990.

Resta señalar que en Sentencia de Unificación Jurisprudencial, la Sala Plena de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, de fecha 26 de agosto de 2016, decantó sobre las cesantías y la sanción moratoria las siguientes conclusiones:

"1.- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción.

2.- La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

3.- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago.

4.- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.

5.- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos"¹⁸

2.3.2. CASO CONCRETO

En el presente asunto la parte actora solicitó la nulidad del acto administrativo sin fecha y numero expedido por la alcaldía de Corozal y suscrito por el alcalde del municipio de Corozal- Sucre, mediante el cual se negaron las peticiones efectuadas por el demandante el día 5 de marzo de

¹⁷ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 6 de septiembre de 1999, al respecto expuso: "... el cambio de régimen de cesantía únicamente supone la expresión escrita de la voluntad del trabajador recibida por el patrono y este acto, conforme a las reglas propias de las declaraciones de voluntad (C.C, artículo 1502), solo podría ser invalidado judicialmente si se demuestra que no reunió los supuestos generales relativos a la capacidad, al consentimiento libre de vicios y al objeto y la causa lícitos". Radicado No. N° 11909. Magistrado ponente: Dr. Francisco Escobar Henríquez

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Radicación No. 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ004 de 2016.

2014, consistente en que se le reconociera y pagara la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías correspondientes a los años 1992 a 2000¹⁹.

- **HECHOS PROBADOS**

De conformidad con las pruebas documentales obrantes en los folios 14y 15²⁰ del cuaderno de primera instancia, está probado que el señor JOSE LUIS MARQUEZ SOLORZANO, presta sus servicios al municipio de Corozal, *como guardián de la inspección permanente de Policía, **nombrado mediante Decreto 314 de 3 de diciembre de 1992**, tomando posesión en la misma fecha.*

Así mismo, está demostrado con la certificación expedida el 27 de mayo de 2008, que el señor JOSÉ LUIS MÁRQUEZ SOLORZANO, se encuentra afiliado al Fondo Administrador de Cesantías Horizonte y que fueron consignados los valores de cesantías por la entidad ALCALDIA MUNICIPAL DE COROZAL, correspondientes a los años 2002 y 2008 (folio 15).

- **Conclusiones probatorias:**

Los hechos probados permiten arribar sin hesitación alguna a la conclusión que el señor JOSÉ LUIS MÁRQUEZ SOLÓRZANO, en su condición de empleado público que presta un servicio al municipio de Corozal – Sucre, se encuentra cobijado por el régimen retroactivo o tradicional de cesantías, dado que su ingreso al servicio como quedó demostrado, fue en el 1992.

El régimen de liquidación de cesantías tradicional o retroactivo que cobija al actor, excluye o no contempla dentro de sus beneficios la aplicación de la sanción moratoria por no consignación de las cesantías antes del 15 de febrero, siendo este un componente exclusivo del sistema de anualidad, recordando que la sola circunstancia de afiliación a fondo privado por parte de su empleador público, no implica cambio de régimen a menos que se demuestre irrestrictamente la determinación anterior de cambio de régimen.

¹⁹ Ver folio 8, 9-11.

²⁰ Certificación de tiempo de servicios de fecha 28 de noviembre de 2011, expedido por el secretario general administrativo y de gobierno del municipio de Corozal.

Y es este último requisito, el cual se echa de menos en la presente causa judicial, por cuanto el actor no demostró el traslado al régimen anualizado, no siendo posible tener por tal, la simple afiliación, pues se reitera la premisa expresada en consideraciones anteriores, *la sola afiliación a un fondo privado, no es prueba del cambio de régimen de liquidación de cesantías, por cuanto la prueba irrestricta es previa a la afiliación*²¹.

Así las cosas, al actor no le asiste derecho al pago de sanción moratoria por la no consignación de cesantías de los años 1996 a 2002, por cuanto no está probado el hecho de que de forma expresa hubiese informado a su empleador público (municipio de Corozal) su decisión de cambiar de régimen de liquidación de cesantías, para poder predicar la aplicación de las consecuencias prestacionales e indemnizatorias que abriga a aquellos empleados que se les aplica la Ley 50 de 1990 en concordancia con la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998.

Siguiendo este orden de idea, no es viable reconocer al actor la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, puesto que es beneficiario del régimen retroactivo y por ende está sujeto a lo normado en el Art. 2 de la Ley 244 de 1995. Por tal motivo, no es procedente la causal de anulación invocada por la parte actora, lo que conduce a este Tribunal a confirmar la sentencia de fecha 18 de abril de 2016, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo que negó las pretensiones de la demanda.

2.4. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada apelante, y a favor del demandante. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme

²¹ Se puede consultar igualmente, sentencia del 31 de marzo de 2014, Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Cuarta de Descongestión, radicado No. 700013331-004-2008-00090-01. Nulidad y restablecimiento del derecho. Actor: TULIO G. ROJAS MERCADO. Demandado: Municipio de Corozal. M. P. César E. Gómez Cárdenas.

lo regulado en las normas ya citadas.

3. DECISIÓN

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SINCELEJO, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de abril de 2016 por el **JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO**, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENASE en costas de segunda instancia a la parte demandante y en favor de la parte demandada, conforme a lo expresado en las consideraciones de esta providencia.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 204.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA