



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, doce (12) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

EXPEDIENTE No. 70-001-23-33-000-2016-00344-00
DEMANDANTE: FREDELY MANUEL MARTELO CUELLO
DEMANDADO: MUNICIPIO DE COROZAL
M DE C: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO.

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Cumplidas las etapas propias del proceso ordinario y no encontrando impedimento procesal, procede el Tribunal a dictar **sentencia de primera instancia**, en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral promovió el señor FREDELY MANUEL MARTELO CUELLO en contra del MUNICIPIO DE COROZAL – SUCRE.

1. ANTECEDENTES.

1.1. LA DEMANDA¹.

El señor **FREDELY MANUEL MARTELO CUELLO**, por conducto de apoderado judicial presentó en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, demanda en contra del Municipio de Corozal – Sucre, formulando las siguientes **PRETENSIONES**:

"PRIMERO. - Declarar la **NULIDAD** de los siguientes actos administrativos:

1. Resolución 247 de 16 de junio de 2015, que **REVOCÓ ILEGALMENTE** la Resolución No. 333 de 28 de octubre de 2014, sin el consentimiento **PREVIO, EXPRESO Y ESCRITO** de mi poderdante, ya que dicha resolución **CREÓ una situación jurídica de carácter particular y concreto**, y reconoció un derecho de igual categoría, tal como lo señala el artículo 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, como fue el

¹ Folios 1-15.

RECONOCIMIENTO DE LA SANCIÓN MORATORIA contenida en el Decreto 1582 de 1998, por la no consignación en tiempo de las cesantías de los años 1995, 1996, 1997, 1998, 1999 y 2000 al respectivo fondo de cesantías de conformidad con lo estipulado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990;

2. Oficio sin número y sin fecha, recibido en junio 22 de 2016, en el cual la Administración Municipal, dio respuesta a la petición de 09 de junio de 2016, por medio del cual la Alcaldía de Corozal no accedió al pago de la Sanción Moratoria reconocida en la Resolución No. 333 de 2014 y que fue REVOCADA ILEGALMENTE, sin el consentimiento PREVIO, EXPRESO Y ESCRITO de mi poderdante, ya que dicha resolución CREÓ una situación jurídica de carácter particular y concreto, y reconoció un derecho de igual categoría, tal como lo señala el artículo 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, como fue el RECONOCIMIENTO DE LA SANCIÓN MORATORIA contenida en el Decreto 1582 de 1998, por la no consignación en tiempo de las cesantías de los años 1995, 1996, 1997, 1998, 1999 y 2000 al respectivo fondo de cesantías de conformidad con lo estipulado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, se **RESTABLEZCAN LOS DERECHOS DE MI PODERDANTE** sobre la ejecutoriedad, presunción de legalidad, firmeza, validez y carácter ejecutorio de las acreencias laborales contenidas en la **RESOLUCIÓN No. 333 de 28 de octubre de 2014**, como es el **RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA** contenida en el Decreto 1582 de 1998, por la no consignación en tiempo de las cesantías de los años 1995, 1996, 1997, 1998, 1999 y 2000 a su respectivo fondo de cesantías de conformidad con lo estipulado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, del cual es beneficiario mi cliente y se reconozcan a su favor los daños y perjuicios ocasionados por la entidad convocada, **más los intereses moratorios hasta que se haga efectiva la condena.**

TERCERO: Como consecuencia lógica – jurídica de la declaratoria de nulidad impetrada y a título de Restablecimiento del derecho, solicito se profieran las siguientes condenas contra **MUNICIPIO DE COROZAL - SUCRE**, identificado con el NIT No. 892.280.032-2, representado legalmente por el señor Alcalde **ANDRÉS RAFAEL VIVERO LEÓN** o quien haga sus veces al momento de la notificación y/o en cada una de las etapas procesales:

- a.) Por concepto del carácter ejecutorio de la Resolución No. 333 de 2014, la liquidación que a continuación se expone:

AÑO	Fecha que se debió consignar	Cancelación de Cesantías	Días de Mora	Salario Mensual	Total a Pagar Por Sanción
1995	15/02/1996	29/11/2006	3.940	241.853	31.763.361
1996	15/02/1997	29/11/2006	3.574	286.700	34.155.527
1997	15/02/1998	29/11/2006	3.209	323.971	34.654.098
1998	15/02/1999	29/11/2006	2.844	372.567	35.319.352
1999	15/02/2000	29/11/2006	2.479	328.740	27.164.882
2000	15/02/2001	29/11/2006	2.113	479.196	33.751.372
VALOR SANCION MORATORIA					\$ 196.808.591

- b.) DAÑOS MORALES

Se condene al **MUNICIPIO DE COROZAL - SUCRE**, identificado con el NIT No. 892.280.032-2, representado legalmente por el señor Alcalde **ANDRÉS RAFAEL VIVERO LEÓN** o quien haga sus veces al momento de la notificación y/o en cada una de las etapas procesales, a reconocer y pagar al señor **FREDELY MANUEL MARTELO CUELLO**, persona mayor de edad, identificado con la Cedula de Ciudadanía N° 9.314.119, la suma de **100 salarios mínimos legales mensuales vigentes**, debido a que se ha visto afectada en sus derechos, ya que desde el mes de octubre de 2014, cuando le fue notificada la resolución No. 333, ha esperado pacientemente el pago de su sanción moratoria para iniciar unas actividades, y la perdida de oportunidad de obtener un provecho de ese dinero, subrayan la órbita emocional, por lo que se hace justa merecedora del pago de los perjuicios morales reclamados, además, la administración municipal obró de mala fe al REVOCAR DE MANERA ILEGAL Y ARBITRARIA el derecho particular y concreto reconocido en la Resolución No. 333 de 2014.

CUARTO: Que el **MUNICIPIO DE COROZAL - SUCRE**, identificado con el NIT No. 892.280.032-2, representado legalmente por el señor Alcalde **ANDRÉS RAFAEL VIVERO LEÓN** o quien haga sus veces al momento de la notificación y/o en cada una de las etapas procesales, es administrativamente responsable por el pago de los honorarios y las costas al suscrito de conformidad con lo establecido en el artículo 393 del Código de Procedimiento Civil.

QUINTO: La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., aplicando en la liquidación la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor, desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la de ejecutoria del correspondiente fallo definitivo" (SIC).

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS**, la parte actora en su demanda, afirmó que:

El día 28 de octubre de 2014, a través de la Resolución No. 333, el MUNICIPIO DE COROZAL - SUCRE, representado legalmente por el señor Alcalde EDUARDO ANTONIO GÓMEZ MERLANO, reconoció unas acreencias laborales a varios trabajadores adscritos a la administración municipal, entre ellos, al señor FREDELY MANUEL MARTELO CUELLO.

Dichas acreencias consistían en el pago de la Sanción Moratoria contenida en el Decreto 1582 de 1998, por la no consignación oportuna de la Cesantías al respectivo fondo, de conformidad con lo estipulado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

La sanción moratoria que se reconoció en la Resolución No. 333 de 2014, se fundamentó en los términos establecidos en la Ley 344 de 1996 para las entidades territoriales, aclarando que esta comenzó su vigencia desde 1998, esto fue desde la expedición del Decreto 1582 de 1998 que reglamentó la aplicación de este régimen anualizado a los trabajadores que venían

vinculados a la administración con régimen retroactivo y que decidieran acogerse al nuevo régimen anualizado.

El 09 de junio de 2016, radicó en la Alcaldía Municipal, petición solicitando el pago de lo reconocido en la Resolución No. 333 de 2014.

El 22 de junio de 2016, mediante oficio sin número y sin fecha, la administración municipal da respuesta a la petición, argumentando lo siguiente: *"(...) Ahora bien, muy a pesar de que la administración anterior, en desconocimiento y violación abierta a la Constitución y la Ley, realizó reconocimientos que adolecían de piso jurídico, esta administración que es respetuosa de toda normatividad, no accederá a pago alguno que provenga de Resoluciones contrarias a derecho, como en el caso sub-examine"*.

En la respuesta dada por la administración, tácitamente revocó lo señalado en la Resolución No. 333 de 2014, soportándolo en el artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el cual, la Alcaldía de Corozal, estaba facultada para revocar de manera directa sus actos administrativos, dejando sin efectos, de pleno derecho, la resolución mencionada, cuando se ha incurrido en alguna de las causales de revocatoria, las cuales pueden ser alegadas por la misma administración, o por una parte que tenga interés en ello.

La anterior administración municipal bajo la Resolución No. 247 de 2015, revocó ilegalmente la Resolución No. 333 de 2014, ya que no solicitó el consentimiento previo, expreso y escrito, para revocar directamente su propio acto.

La administración municipal de Corozal vulneró el debido proceso administrativo, al revocar de manera directa la mencionada resolución, ya que esta es un acto de carácter particular y concreto.

La administración municipal de Corozal, desconoció la normatividad vigente para el caso concreto, revocando de manera arbitraria e ilegal la Resolución No. 333 de 2014, sin el consentimiento previo, expreso y escrito, ocasionando un detrimento patrimonial, susceptible de reparación a través de este medio de control.

El medio de control se encuentra dentro del término legal para su ejercicio, ya que el acto administrativo de Revocatoria Directa, es decir la Resolución

No. 247 de 2015 no ha sido notificado y se presentó la reclamación administrativa de los derechos reconocidos en la Resolución No. 333 de 2014 en junio 09 de 2016 y la respuesta de la administración fue en junio 22 de 2016, por lo que la caducidad del Medio de Control opera el 22 de octubre de 2016.

En el acápite de **normas violadas**, se invocaron como tales, los artículos 2º, 6º, 13, 29 y 58 de la Constitución Política. Asimismo, los artículos 97, 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011.

En el **concepto de violación**, se argumentó que se vulneró el artículo 13 de la C. P., toda vez, que al demandante le ha sido menoscabado su derecho a la igualdad, respecto de otros trabajadores del municipio de Corozal, que ya le fueron pagadas la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías; así mismo, no se predicó por parte de la autoridad municipal, la protección de los derechos adquiridos y la debilidad manifiesta frente a la administración para la consecución de la revocatoria ilegal de la resolución No. 333 de 2014.

Señaló igualmente la parte demandante, que se vulneró el debido proceso administrativo porque la accionada incurrió en vía de hecho, al revocar directamente el acto administrativo de carácter particular, sin el consentimiento previo, expreso y escrito de mi poderdante, violando el artículo 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; el ordenamiento jurídico ha dispuesto un procedimiento reglado que exige el consentimiento del particular en cuyo favor fue expedido, tal como lo dispone el artículo 97 del CP.A.C.A., por cuanto tal medida (la revocatoria) puede afectar situaciones particulares consolidadas, las cuales deben ser protegidas, en los términos de los artículos 29 y 58 de la Constitución, es por esto, que a la luz del artículo ibídem, la administración vulneró el derecho fundamental al debido proceso, ya que (i) no solicitó el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular; (ii) si la autoridad municipal consideró que el acto era contrario a la Constitución o a la ley, debió demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; y (iii) Si la Administración consideró que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos debió demandarlo sin acudir al procedimiento previo de conciliación y debió solicitar al juez su suspensión provisional. En el caso de marras, ninguno de los postulados anteriores se dio, ya que la

administración municipal decidió por sus propios medios, revocar un acto administrativo de carácter particular, sin el lleno de los requisitos establecidos en el artículo 97 del C.P.A.C.A, originando así, una violación a los derechos adquiridos (art. 58 C.P.) y al debido proceso (art. 29 C.P.).

Afirmó que se vulneró el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, porque, estaba más que probado que la administración municipal no acudió a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para demandar la NULIDAD de la Resolución No. 333 de 2014, que según su argumento contrariaba la Constitución y la Jurisprudencia del Consejo de Estado; y esto debía hacerlo, siempre y cuando no contara con el consentimiento previo, expreso y por escrito del titular de los derechos reconocidos, y además esté dentro del término de caducidad de la acción, es decir, dentro los cuatro (4) meses señalados en el inciso segundo del artículo 138 del C.P.A.C.A., en concordancia con literal d) del numeral 2° del artículo 164 de la misma normatividad; de lo anterior, la administración tuvo la oportunidad para solicitar la autorización de mi poderdante para Revocar el acto en mención, tuvo la oportunidad para demandarlo ante el contencioso administrativo, pero hizo caso omiso y decidió actuar bajo su propia normatividad, para revocar un acto administrativo que se encontraba en firme. Manifiesta en estos momentos la ilegalidad del acto administrativo, sin una prueba siquiera sumaria del mismo o la inconstitucionalidad del acto, sería revivir unos términos que están más que caducados y prescritos, y realmente para esta judicatura sería vulnerar el debido proceso judicial, entrar a valorar la legalidad de un acto administrativo que no fue demandado en su momento ante la jurisdicción y que la demandada ahora pretenda inducir al error a este despacho.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL

- Presentación de la demanda: 23 de noviembre de 2016 (folio 43).
- Admisión de la demanda: 24 de enero de 2017 (folio 45).
- Notificaciones: 25 de enero y 10 de febrero de 2017 (folios 40 a 53).
- Contestación de la demanda: 18 de abril de 2017 (folios 57 a 60).
- Audiencia inicial: 24 de octubre de 2017 (folio 83 a 86).
- Audiencia de pruebas y traslado para alegatos: 29 de noviembre de 2017 (folio 120 a 122).

1.3. CONTESTACION DE LA DEMANDA².

² Folios 57-60.

El Municipio de Corozal, actuando a través de mandatario judicial, se opone a las pretensiones de la demanda, señalando que ha procedido conforme a derecho, por lo que no debe pagar suma alguna de dinero a la parte actora, no existiendo derecho lesionado no hay nada que reparar, porque los supuestos derechos reconocidos en lo que respecta la demandante son ilegales.

A los hechos de la demanda respondió manifestando que es cierto que al demandante se le reconoció la sanción moratoria, pero que para el caso del actor no aplicaba la normatividad que fundamentó la Resolución No. 333 de 2014, esto es el Decreto 1582 de 1998 y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, teniendo en cuenta que su vinculación con el municipio de Corozal se dio el 16 de enero de 1995, siendo beneficiario del régimen retroactivo de cesantías, lo que lo imposibilita para obtener el reconocimiento de la sanción moratoria.

Agregó que no se encuentra documento alguno que indique que el señor Martelo renunció al régimen de retroactividad de liquidación de cesantías, para así poder gozar de los beneficios del régimen anualizado de cesantías; agregando que el hecho que se incurriera en desatino legal en el reconocimiento de un derecho que no le asistía al actor, ello no puede seguir produciendo efectos jurídicos, pues el error no puede ser creador de derecho de alguno.

Formuló las excepciones que denominó inexistencia del derecho, ilicitud en la causa y cobro de lo no debido, fundamentadas en que el actor es beneficiario de régimen de liquidación de cesantías retroactivas porque su fecha de vinculación con el municipio de Corozal es anterior al 31 de diciembre de 1996, donde no hay derecho a reconocimiento de intereses ni a sanción moratoria.

Indicó además que la pretensión solicitada no tiene asidero jurídico porque esta cimentada en una ilicitud, toda vez que el reconocimiento hecho a través de la Resolución No. 333 de 2014, contraria mandatos legales, por lo que mal podría reconocerse un derecho que se ha obtenido con violación manifiesta de la Ley, no generándose derecho adquirido alguno o situación jurídica concreta, pues lo ilícito no puede generar derecho.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LAS PARTES

- **De la parte demandante³.**

En su memorial de alegatos, señala que se pretende con este proceso que se declare la nulidad de la Resolución 247 de 16 de junio de 2015 y el Oficio sin número, notificado en junio 22 de 2016, que REVOCARON ILEGALMENTE la Resolución No. 333 de 28 de octubre de 2014, sin el consentimiento PREVIO, EXPRESO Y ESCRITO del actor, ya que dicha resolución creó una situación jurídica de carácter particular y concreto, y reconoció un derecho a una prestación económica como fue el reconocimiento de la sanción moratoria contenida en el decreto 1582 de 1998, por la no consignación en tiempo de las cesantías de los años 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001 al respectivo fondo de cesantías de conformidad con lo estipulado en el artículo 99 de la ley 50 de 1990.

Como consecuencia de la declaración, solicita se restablezcan los derechos del actor sobre la ejecutoriedad, presunción de legalidad, firmeza, validez y carácter ejecutorio de las acreencias laborales contenidas en la resolución no. 333 de 28 de octubre de 2014, como es el reconocimiento y pago de la sanción moratoria contenida en el decreto 1582 de 1998, por la no consignación en tiempo de las cesantías de los años 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001 a su respectivo fondo de cesantías de conformidad con lo estipulado en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, del cual es beneficiario mi cliente y se reconozcan a su favor los daños y perjuicios ocasionados por la entidad convocada, más los intereses moratorios hasta que se haga efectiva la condena.

Pretensiones a las que se debe acceder porque está probada la vulneración del debido proceso administrativo por la indebida revocatoria directa del acto propio de la administración municipal de Corozal, conforme las previsiones del artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, que habla de la revocatoria directa de los actos administrativos de contenido particular, puesto que no existió solicitud previa dirigida a la demandante para revocar la resolución No. 333 de 2014, como tampoco existió acto fraudulento de la actora, por lo que la revocatoria es ilegal.

³ Folios 124-137.

Indicó que el municipio de Corozal, revocó de manera ilegal y arbitraria la resolución No 333 de 2014, a través de la resolución 247 de 16 de junio de 2015, sabiendo que se trataba un acto administrativo de carácter particular y que el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, señaló un procedimiento especial para la revocatoria directa de este tipo de actos y este proceso, agregó, no puede convertirse en una revisión del acto administrativo, ya que este se encontraba ejecutoriada al momento de su revocatoria ilegal.

Afirmó que el presente proceso no puede decantarse si el demandante tiene derecho o no a la Sanción Moratoria reconocida en la Resolución No. 333 de 2014, porque se vulneraría el principio de Presunción de Legalidad de los actos administrativos, ya que en el presente medio de control, no se está controvirtiendo el derecho subjetivo, individual y concreto adquirido en dicho acto; ir más allá, ya que este no es el escenario jurídico, puesto que la administración municipal, perdió la oportunidad procesal para solicitar la nulidad de su propio acto.

Concluyó expresando que la accionada dejó vencer el término para demandar su propio acto, es decir, dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha en que entró a regir la Resolución No. 333 de 2014, y no puede pretender, que en el presente Medio de Control se ventilen circunstancias y lineamientos que no están siendo objeto en la presente actuación; la administración municipal expidió su propio acto, y lo revocó de manera directa, ilegal y arbitraria, sin someterlo ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Igualmente, no puede controvertirse la legalidad de la Resolución No. 333 de 2014, porque el municipio de Corozal, no es el demandante dentro de este proceso, requisito esencial, para demandar su propio acto, que es lo que pretende la parte accionada.

Por lo anterior, requirió se acceda a las pretensiones de la demanda.

- **De la parte demandada⁴.**

El Municipio de Corozal no se pronunció en esta etapa procesal.

1.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

⁴ Folios

El delegado del Ministerio Público, ante el Tribunal Administrativo de Sucre, emite concepto solicitando se acceda parcialmente a las pretensiones de la demanda, así:

"En el presente caso hay que dilucidar tres tópicos:

Primero. Si se requería el consentimiento previo, expreso y escrito del señor FREDELY MARTELO CUELLO, para revocar la Resolución No. 333 de 28 de octubre de 2014, a través de la cual, el Alcalde del Municipio de Corozal, le había reconocido la sanción moratoria por no consignación de las cesantías en fondo privado conforme al artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Salta a la vista la fragante violación a lo estipulado en el artículo 97 del CPACA, que exige para revocar dicho acto: solicitar previamente al titular de la situación jurídica extinguida, su consentimiento expreso y escrito.

De tal forma que al expedir la Resolución No. 247 de 16 de junio de 2015, que extinguió una situación particular que se encontraba consolidada a favor del accionante, como era el reconocimiento de la sanción moratoria, dicho acto administrativo debe ser declarado nulo, por cuanto infringió la normatividad en que debería fundarse al no haberse obtenido la autorización previa del interesado, esa omisión es constitutiva de la causal de nulidad de expedición irregular del acto administrativo y de esta manera se infringió también el debido proceso.

Respecto del oficio sin número del cual se solicita la nulidad, esta Delegada acoge el criterio del Tribunal Administrativo de Sucre⁶, en donde en un caso similar, señaló:

"sin lugar a equivocó manifiesta que en este caso, la Alcaldía de Corozal, al expedir el acto administrativo Resolución N° 247 del 16 de junio de 2015, acto revocatorio de la Resolución N° 333 del 28 de octubre de 2014, se profirió de manera irregular, contraviniendo las normas legales vigentes para la fecha de expedición, toda vez que se desconoció el derecho de audiencia y defensa de la Sra. Catalina Quiroz Baldovino, de quien se requería consentimiento previo, expreso y por escrito, como lo ordena el art. 97 de la Ley 1437 de 2011; por lo que la Resolución N° 247, extinguió una situación particular consolidada a la titular.

De esta manera se decretará sólo la nulidad de la Resolución N° 247 del 16 de junio de 2015, acto administrativo mediante el cual se revocó la Resolución N° 333 del 28 de octubre de 2014, el cual reconocía y ordenaba a la aquí demandante el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantías al respectivo fondo; por otro lado, en cuanto al Oficio sin Numero del 12 de agosto de 2015, no se realizará nulidad alguna, toda vez que este acto administrativo no crea, modifica o extingue una situación jurídica particular a la Sra. Catalina Quiroz..."

El segundo tópico a tratar es si en el presente caso, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la resolución 247/2015, y el surgimiento a la vida jurídica de la resolución 333/2014, procede el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a favor del actor.

La tesis del demandante es que sí por cuanto dicho acto administrativo (333/2014) está vigente y goza de la presunción de legalidad, y no ha sido

demandado por el Municipio de Corozal, por consiguiente se debe restablecer el derecho al demandante y pagar la sanción moratoria. Considera que el objeto del proceso no es si el actor tiene o no tiene derecho a la sanción moratoria reconocida, ni se debe realizar el estudio de legalidad de la Resolución 333/2014 por cuanto dicho acto administrativo no fue objeto de demanda.

Por su parte la entidad demandada, precisa que el señor FREDELY MARTELO CUELLO no le asiste el derecho al reconocimiento de sanción moratoria, teniendo en cuenta que su fecha de vinculación a la entidad fue con anterioridad al 31 de diciembre de 1996, siendo aplicable el régimen de cesantías retroactivas. Alega que la resolución 333/2014 contraría mandatos legales, por lo que mal podría reconocerse un derecho que se ha obtenido con violación manifiesta a la ley.

Antes de dar respuesta a este punto, recordemos el régimen aplicable a los trabajadores del nivel municipal, para lo cual debemos de remitirnos al Artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 señala:

*"Art. 1º - El régimen de liquidación y pago de cesantías de los servidores públicos del nivel territorial **vinculados a partir de diciembre de 1996** que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los art. 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. (Negrillas fuera de texto)*

PARAGRAFO. Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al fondo nacional del ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6º de ley 1998".

El problema consiste en que la administración municipal alega que el señor MARTELO CUELLO es beneficiario del régimen de cesantías retroactivas y no del sistema anualizado como pretende el actor.

Como antecedente tenemos que el Tribunal Administrativo de Sucre⁷ en un caso muy similar, en contra del Municipio de Corozal, acogió lo dispuesto por el Consejo de Estado⁸ e indico "es menester la prueba irrestricta 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."

Es necesario precisar que las cesantías cuyo pago se discute, hace referencia al periodo reconocido en la Resolución 333/2014 que comprende los años 1998 a 2001, diferente al período solicitado en la demanda, que comprende al termino de 1995 al año 2000, ya que la sanción moratoria de los años 1995 a 1997 se encuentra prescrita conforme a la posición jurisprudencial del Consejo de Estado.⁹

Partiendo que el pago pendiente de cesantías comprende según la resolución 333/2014, el período 1998 a 2001, queda por referirnos a la procedencia del pago de la sanción moratoria, en este punto del proceso y teniendo en cuenta lo expuesto por el Alto Tribunal, es claro que el actor por la fecha de vinculación con la administración municipal, es beneficiario del régimen de liquidación tradicional de cesantías, a menos de que haya manifestado expresamente que cambia de régimen de liquidación, pero al no allegarse tal pronunciamiento no

se le puede aplicar la sanción moratoria traída por la Ley 50 de 1990.

Por tanto, para que las cesantías solicitadas correspondientes a los años 1998 a 2001 sean consignadas en el fondo privado, debe allegarse la constancia del interesado en donde manifieste la época en que aceptó el traslado del régimen de cesantías retroactivas a régimen anualizado.

El tercer tópico hace referencia a los perjuicios morales solicitados y que conforme a lo anteriormente expuesto, al no existir prueba alguna del perjuicio reclamado, tampoco resulta ajustado a derecho su reconocimiento.

En consideración a las razones normativas y jurisprudenciales anteriormente expuestas, esta Agencia Delegada solicita muy respetuosamente se acceda parcialmente a lo solicitado" (sic)

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. COMPETENCIA.

El Tribunal, es competente para conocer en primera instancia, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 152 numeral 2º de LA Ley 1437 de 2011.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

De conformidad con los antecedentes reconstruidos, deberá el Tribunal Administrativo dilucidar, si se encuentran afectados de nulidad los actos administrativos demandados y a través de los cuales el Alcalde del Municipio de Corozal, revocó la Resolución No. 333 del 28 de octubre de 2014, que le había reconocido una sanción moratoria por no consignación de las cesantías anualizadas correspondiente a los años 1995, 1996, 1997, 1998 y 2000, al señor FREDELY MARTELO CUELLO.

De ser positiva la respuesta, se deberá establecer, si ¿hay lugar a ordenar el restablecimiento del derecho solicitado por la parte demandante?

2.3. ANÁLISIS DE LA SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURIDICO.

Para el efecto, es menester examinar, la figura de la revocatoria directa en la ley 1437 de 2011, el derecho a la sanción moratoria de los empleados públicos del orden territorial; para luego con fundamento en el materia probatorio obrante en el plenario, realizar el análisis del caso concreto con fundamento en la nulidad invocada y al restablecimiento del derecho solicitado.

2.2.1. DE LA REVOCATORIA DIRECTA EN LA LEY 1437 DE 2011. ACTOS DE CONTENIDO PARTICULAR Y CONCRETO⁵.

En términos generales la revocación se ha definido como una de las formas de extinción de los actos administrativos realizada por la misma Administración que lo expide, esto es, en sede administrativa, por motivos de oportunidad-conveniencia, mérito o legalidad, haciendo desaparecer del mundo jurídico con ello los efectos del acto revocado, actuación que puede surgir de la misma administración (medida unilateral de la administración)⁶ o por acto de parte interesada.

Dromi, enseña que la revocación es la declaración unilateral de un órgano en ejercicio de la función administrativa por la que se extingue, sustituye o modifica un acto administrativo por razones de oportunidad o de ilegitimidad, la cual se realiza a través de un acto administrativo autónomo e independiente, generadora de efectos jurídicos inmediatos y puede ser total o parcial⁷.

Dicha figura, que en algunas latitudes es mirada como un recurso extraordinario en sede administrativa (cuando se utiliza por los particulares o sujetos pasivos), procede contra actos generales y contra actos de naturaleza particular, encontrando una limitante claro respecto de los derechos adquiridos⁸, entendiendo por estos, aquellos que han ingresado al patrimonio jurídico del administrativo o que han creado una situación jurídica concreto⁹, pero bajo los requisitos del justo título o adquisición conforme a

⁵ Sobre el tema, consultar, CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda Subsección B, Radicación número: 25000-23-25-000-2006-00464-01(2166-07). C. P. GERARDO ARENAS MONSALVE.

⁶ SANTOFINIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de derecho administrativo. Universidad Externado de Colombia 2017. Página 573-577.

⁷ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Tomo I. Editorial Hispania Libros- Ciudad Argentina. 13ª edición 2015. Página 506. Buenos Aires-Madrid.

⁸ Se puede consultar. ACEVEDO, RAMOS JAIRO, Catedra de Derecho Administrativo General y Colombiano, Tomo II, Segunda Edición. Editorial Ibáñez. Páginas 141-147.

⁹ En Sentencia C-192 de 2016, la Corte Constitucional, manifestó que en derecho público no resulta posible hablar de derecho adquirido propiamente dicho. Bajo la consideración que aunque existan *derechos de los particulares* ellos deberán ceder en caso de conflicto con dicha utilidad o interés. "Así, en la sentencia C-604 de 2000, indicó: "La institución de los derechos adquiridos propiamente tales, solamente se aplica en el derecho privado pues en el derecho público la doctrina y la jurisprudencia consideran que es más apropiado hablar de situaciones jurídicas consolidadas. (...) Esta diferencia adquiere mayor relevancia cuanto se trata de disposiciones de carácter tributario. Por ello señaló la Corte en sentencia anterior, (...) que "en este campo no existe el amparo de derechos adquiridos pues la dinámica propia del Estado obliga al legislador a modificar la normatividad en aras de lograr el bienestar de la colectividad en general; en consecuencia, nadie puede pretender que un determinado régimen tributario lo rija por siempre y para siempre, esto es, que se convierta en inmodificable."

la Constitución y la Ley, como garantía del mandato establecido en el artículo 58 de la propia Constitución Política.

La Corte Constitucional en Sentencia C- 192 de 2016, señaló que, *"existirá entonces un derecho adquirido cuando durante la vigencia de la ley, el individuo logra cumplir con todos y cada uno de los requisitos establecidos en ella, lo cual configura la existencia de una determinada posición o relación jurídica. Es decir, si las condiciones fijadas en una ley para la protección de esa posición o relación jurídica se satisfacen en su integridad, se entiende que toma forma un derecho que hace parte del patrimonio de su titular. Dicho de otra manera, "cuando respecto de un determinado sujeto, los hechos descritos en las premisas normativas tienen debido cumplimiento"*.

En el ordenamiento administrativo colombiano, dicha figura como una de las implicaciones del principio de autotutela administrativa, encuentra consagración en los artículos 93 a 97 de la Ley 1437 de 2011, determinándose en los mismos, las causales de revocatoria, la oportunidad, sus efectos, entre los cuales se tiene el hecho de no revivir términos, ni dar lugar a la interposición de recursos en vía gubernativa, hoy sede administrativa.

En lo relativo a las causales de revocatoria de actos administrativos la ley 1437 de 2011 en su artículo 93 establece:

"ARTÍCULO 93. CAUSALES DE REVOCACIÓN. Los actos administrativos deberán **ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte**, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona"

En cuanto a la oportunidad, el artículo 95 de la 1437 de 2011, establece que se puede intentar en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, con la sola limitación que si se ha acudido a sede judicial no se haya notificado el auto admisorio de la demanda, caso en el cual se entiende que la Administración ha perdido competencia¹⁰. En todo caso, deberá ser la

¹⁰ No obstante el parágrafo del artículo 95 contempla en sede judicial la denominada oferta de revocatoria directa.

autoridad que emitió el acto o su superior inmediato quienes decidan sobre la solicitud de revocación, dentro de los dos (2) meses siguientes mediante acto administrativo el cual no es susceptible de recursos.

En torno a los efectos, reitera el artículo 96 ibídem, que ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para demandar el acto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo.

Ahora bien, cuando se trata de revocatoria de actos de contenido particular y concreto, entendiendo por estos, aquellos que han creado una situación jurídica en favor de un particular, asunto que centra la Litis del presente proceso, el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, dispone:

ARTÍCULO 97. REVOCACIÓN DE ACTOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO. Salvo las excepciones establecidas en la ley¹¹, cuando **un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.**

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

PARÁGRAFO. En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa. (Negritas subrayas fuera del texto).

En ese orden, para proteger los derechos subjetivos creados por un acto administrativo de contenido particular, sea expreso o ficto, cuando se pretenda su revocatoria, la Administración deberá obtener de manera previa y expresa el consentimiento del particular, y en los eventos que no lo obtenga deberá proceder a demandarlo ante la justicia contenciosa administrativa, eso sí, respetando las reglas procesales de la caducidad, puesto que la acción de lesividad en la forma como fue incorporada en el anterior C.C.A., con una

¹¹ Dichas excepciones entre otras, se refieren a la Ley 99 de 1993, revocatoria de licencias ambientales, Ley 190 de 1995, nombramiento o posesión de un empleo sin el cumplimiento de los requisitos, Decreto 583 de 1984, inscripción en carrera administrativa, Ley 797 de 2002, reconocimientos pensionales, entre otras excepciones, no obstante ha sido reiterada la jurisprudencia que en todo caso se debe respetar el debido proceso administrativo. Al respecto ver, Sentencia C 255 de 2012, C - 672 de 2001 de la Corte Constitucional; Sentencia del 9 de julio de 2015, Expediente: 25000-23-25-000-2012-00996-01, Referencia: 2693-2013 Consejo de Estado Sección Segunda.

caducidad especial de dos (2) años, en la nueva regulación contenciosa desapareció.

De otro lado, si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos¹², entendida tal actuación ilícita, como se dijo en párrafos antecedentes, como un vicio en la formación de la voluntad de la administración, que bien puede ocurrir por error, fuerza o dolo, pues la revocación por ese motivo no puede ser fruto de una sospecha de la administración¹³, caso en el cual, deberá proceder a demandar igualmente el acto administrativo, solo que en este caso, no será obligatorio el requisito de la conciliación prejudicial.

En todo caso, deberá la Administración de conformidad con el párrafo del artículo 97 antes citado, adelantar una actuación administrativa, solicitándole el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular, dándole la oportunidad de controvertir la decisión, pedir y aportar pruebas, situación que aplica aún en el caso de que resulte manifiesta la utilización de medios ilegales o fraudulentos.

El Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo al referirse a la revocatoria en la nueva codificación contenciosa administrativa, manifestó:

"En relación con la revocatoria de actos administrativos de carácter particular y concreto, establecida en el artículo 97 de la Ley 1437 de 201167, principalmente se pueden colegir los siguientes contenidos normativos respecto a esta figura: (i) Los actos administrativos de carácter particular y concreto no pueden ser revocados sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular; (ii) Contrario a lo que acontecía en la vigencia del Código Contencioso Administrativo anterior, no se establecieron excepciones en relación con dicho consentimiento; (iii) Se incluyen en la obligación de contar con dicho consentimiento las otrora excepciones respecto de actos que resultaban de la aplicación del silencio administrativo positivo sobre los cuales se configuraran las causales generales de revocatoria y frente a los actos obtenidos por medios fraudulentos; (iv) De esta manera, si el titular niega el consentimiento en tratándose de actos contrarios a la Constitución o a la ley, surge un deber en cabeza de la administración de demandar su propio acto ante la jurisdicción contencioso administrativa; y (v) Si la administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo debe demandar sin acudir al procedimiento previo de conciliación, solicitando al juez su suspensión provisional"

¹² Frente a este punto vale la pena resaltar que no se trata de supuestos o circunstancias que conlleven o constituyen causas de nulidad de los actos administrativos, sino conductas que en sí mismas, se consideran hechos punibles.

¹³ Ver CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 16 de julio de 2002. Radicación número: 23001-23-31-000- 1997- 8732-02 (IJ 029).

Puede concluirse que para proceder a la revocatoria directa de los actos administrativos de contenido de carácter particular y concreto, debe mediar autorización previa y expresa del particular, en aras a garantizar la buena fe, la seguridad jurídica y la presunción de legalidad, debiéndose en todo caso, adelantar una actuación administrativa que garantice el respeto al derecho fundamental al debido proceso administrativo, y en caso que no cuente con dicha autorización deberá la administración proceder a demandarlo ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

2.2.3. CASO CONCRETO.

Recapitulando, la parte actora solicita la nulidad de los actos administrativos que le revocaron la Resolución No. 333 del 28 de octubre de 2014, sin consentimiento previo y expreso.

De conformidad con las pruebas obrantes en el proceso se tiene demostrado que:

Mediante **Resolución No. 333 del 28 de octubre de 2014**, la Administración municipal de Corozal, reconoció la sanción moratoria establecida en el Decreto 1582 de 1998, entre otros empleados del ente territorial, al señor FREDELY MARTELO CUELLO, por los años 1998, 1999, 2000 y 2001¹⁴.

A través de la **Resolución No. 247 del 16 de junio de 2015**¹⁵, el municipio de Corozal, revocó directamente en todas sus partes, la Resolución No. 333 del 28 de octubre de 2014, indicándose como fundamento que el reconocimiento por sanción moratoria efectuado en la Resolución No. 333 de 2014, no era procedente; dado que el actor era beneficiario del régimen de liquidación de cesantías tradicional o retroactivo, no asistiéndole el derecho entonces a la sanción por no consignación de cesantías reconocida anteriormente por la Administración municipal de Corozal, no encontrando el acto de reconocimiento de la sanción, justificación en norma jurídica previa que lo autorice a incurrir en dicho proceder, lo cual se conoce como principio de legalidad.

¹⁴ Folio 30-40

¹⁵ Folios 25-28.

Del anterior acto administrativo, no existe prueba en el expediente de haber sido notificado al señor MARTELO CUELLO.

Posteriormente, en **petición de fecha recibido 9 de junio de 2016**¹⁶, el señor FREDELY MARTELO, solicitó al municipio de Corozal le pagara la sanción moratoria que le había reconocido en la Resolución No. 333 del 28 de octubre de 2014.

El ente territorial responde en **Oficio sin número con nota de recibo, 22 de junio de 2016**, que era improcedente darle cumplimiento a dicha resolución, puesto que su vinculación con el municipio data del 01 de enero de 1995, lo que indicaba que su régimen de cesantías era el retroactivo, no dando lugar al pago de intereses y sanción moratoria, lo que muestra que no le asistía el derecho a que se le reconozca lo pedido, hecho que hace sin equivocación alguna que la Resolución 333 de 2014 sea ilegal y la acreencia no tenía respaldo jurídico¹⁷.

Confrontado lo anterior con las reglas de la Ley 1437 de 2011, las sub reglas creadas tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional sobre el tema de la revocatoria de actos de contenido particular y concreto, estima la Sala que existió violación al derecho fundamental consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, en tanto, no se cumplieron las garantías del debido proceso administrativo, ya que se adoptó una determinación de revocatoria directa sobre la Resolución No. 333 de 2014, sin comunicar al actor la actuación y sin darle posibilidad de intervención en la misma.

Como se dejó sentando en líneas preliminares, para la procedencia de la revocatoria de un acto administrativo particular y concreto es menester obtener el reconocimiento previo y expreso del administrado y aun cuando no requiera del consentimiento del particular, debe adelantar una actuación administrativa, que se le comunicará al interesado para que ejerza su derecho de contradicción, situación que en este caso, no se cumplió, pues no existe prueba por parte del Municipio demandado, acerca de la comunicación al actor, previa la adopción de la decisión de revocatoria.

¹⁶ Folio 24

¹⁷ 22-23

En ese orden, resulta claro para la Sala que la **Resolución No. 247 de 16 de junio de 2015**, fue expedida de forma irregular y con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, toda vez que la administración municipal de Corozal no solicitó el previo consentimiento expreso y escrito del actor, para que fuera revocada la Resolución No. 333 de 28 de octubre de 2014, a través de la cual, el Alcalde del Municipio de Corozal, le había reconocido la sanción moratoria por no consignación de las cesantías en fondo privado conforme las previsiones del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable al sector público territorial en virtud de la Ley 344 de 1998 y el Decreto 1582 de 1998.

Adviértase que la Resolución No. 247 de 16 de junio de 2015, extinguió una situación particular que se encontraba consolidada a favor del accionante, como era el reconocimiento de la sanción moratoria, de ahí, que le era exigible al representante legal del ente territorial demandado, a fin de revocar dicho acto, i) solicitar previamente al titular de la situación jurídica extinguida, su consentimiento expreso y escrito y ii) garantizar el derecho de contradicción.

En este punto, es menester puntualizar que fue la Resolución No. 247 de 16 de junio de 2015 y no el Oficio de fecha 22 de junio de 2016, el acto que afectó la situación subjetiva del actor, relacionada con las pretensiones que se aducen en este proceso, toda vez que el Oficio en mención, solo puso en conocimiento del actor la decisión que se tomó en la Resolución No. 247 de 16 de junio de 2015. Así lo ha manifestado la demandante en varias ocasiones, resultando en consecuencia, que el estudio de legalidad del mencionado Oficio, resulte improcedente e innecesario.

En ese contexto, el Tribunal declarará la nulidad parcial de la **Resolución No. 247 de 16 de junio de 2015**, pues, la presente relación jurídico procesal esta edificada bajo las pretensiones realizadas por el señor FREDELY MANUEL MATERLO CUELLO, y no por los demás empleados, a quienes también les fueron reconocidas la mencionada sanción moratoria.

- **DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO SOLICITADO:**

La parte actora título de restablecimiento solicitó en su demanda:

"Como consecuencia de la declaración anterior, se **RESTABLEZCAN LOS DERECHOS DE MI PODERDANTE** sobre la ejecutoriedad, presunción de legalidad, firmeza, validez y carácter ejecutorio de las acreencias laborales contenidas en la **RESOLUCIÓN No. 333 de 28 de octubre de 2014, como es el RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA** contenida en el Decreto 1582 de 1998, por la no consignación en tiempo de las cesantías de los años 1995, 1996, 1997, 1998, 1999 y 2000 a su respectivo fondo de cesantías de conformidad con lo estipulado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, del cual es beneficiario mi cliente y se reconozcan a su favor los daños y perjuicios ocasionados por la entidad convocada, más los intereses moratorios hasta que se haga efectiva la condena.

TERCERO: Como consecuencia lógica - jurídica de la declaratoria de nulidad impetrada y a título de Restablecimiento del derecho, solicito se profieran las siguientes condenas contra MUNICIPIO DE COROZAL - SUCRE, identificado con el NIT No. 892.280.032-2, representado legalmente por el señor Alcalde ANDRÉS RAFAEL VIVERO LEÓN o quien haga sus veces al momento de la notificación y/o en cada una de las etapas procesales:

c.) Por concepto del carácter ejecutorio de la Resolución No. 333 de 2014, la liquidación que a continuación se expone:

AÑO	Fecha que se debió consignar	Cancelación de Cesantías	Días de Mora	Salario Mensual	Total a Pagar Por Sanción
1995	15/02/1996	29/11/2006	3.940	241.853	31.763.361
1996	15/02/1997	29/11/2006	3.574	286.700	34.155.527
1997	15/02/1998	29/11/2006	3.209	323.971	34.654.098
1998	15/02/1999	29/11/2006	2.844	372.567	35.319.352
1999	15/02/2000	29/11/2006	2.479	328.740	27.164.882
2000	15/02/2001	29/11/2006	2.113	479.196	33.751.372
VALOR SANCION MORATORIA					\$ 196.808.591

d.) DAÑOS MORALES

Se condene al **MUNICIPIO DE COROZAL - SUCRE**, identificado con el NIT No. 892.280.032-2, representado legalmente por el señor Alcalde **ANDRÉS RAFAEL VIVERO LEÓN** o quien haga sus veces al momento de la notificación y/o en cada una de las etapas procesales, a reconocer y pagar al señor **FREDELY MANUEL MÁRTELO CUELLO**, persona mayor de edad, identificado con la Cedula de Ciudadanía N° 9.314.119, la suma de **100 salarios mínimos** legales mensuales vigentes, debido a que se ha visto afectada en sus derechos, ya que desde el mes de octubre de 2014, cuando le fue notificada la resolución No. 333, ha esperado pacientemente el pago de su sanción moratoria para iniciar unas actividades, y la perdida de oportunidad de obtener un provecho de ese dinero, subrayan la órbita emocional, por lo que se hace justa merecedora del pago de los perjuicios morales reclamados, además, la administración municipal obró de mala fe al **REVOCAR DE MANERA ILEGAL Y ARBITRARIA** el derecho particular y concreto reconocido en la Resolución No. 333 de 2014" (SIC).

De conformidad con lo planteado en la demanda, es claro que lo pretendido por el actor como restablecimiento del derecho, es que el Tribunal ordene el cumplimiento de la Resolución No. 333 de 2014, en tal sentido se disponga por este Tribunal **"RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA** contenida en el Decreto 1582 de 1998, por la no consignación en tiempo de

las cesantías de los años 1995, 1996, 1997, 1998, 1999 y 2000 a su respectivo fondo de cesantías de conformidad con lo estipulado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, del cual es beneficiario mi cliente y se reconozcan a su favor los daños y perjuicios ocasionados por la entidad convocada, más los intereses moratorios hasta que se haga efectiva la condena" (sic).

Solicitando, en su pretensión tercera que a título de restablecimiento del derecho se profiera condena por el valor de la sanción moratoria reconocida en la Resolución No. 333 de 2014 en cuantía de \$196.808.191; así como el pago de perjuicios morales en suma de 100 SMLMV.

En suma, se puede advertir que la parte actora, como restablecimiento del derecho, pretende que el Tribunal ordene el cumplimiento de la Resolución No. 333 de 2014 y se emitan condena por valor antes mencionado, pretensiones de condena a las cuales no se accede, por cuanto, no es el medio de control y nulidad y restablecimiento del derecho, el mecanismo para obtener el cumplimiento de actos administrativos, y por otro lado, porque:

Las pruebas documentales incorporadas regular y oportunamente al proceso¹⁸, analizadas en conjunto, confirman procesalmente que el actor se vinculó con el municipio de Corozal el 16 de enero de 1995, hecho este que no fue objeto de reproche y contradicción por la parte demandante.

En tal sentido no puede pasar por alto este Tribunal que por la fecha de vinculación del actor al servicio público, el régimen de liquidación de sus cesantías es el tradicional o retroactivo, el cual, no se le aplica la sanción moratoria establecida por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y extendida al sector territorial con el Decreto 1582 de 1998, sin que en el expediente se avizore prueba alguna, de la voluntad irrestricta del demandante en cambiar de régimen de liquidación de cesantías, puesto que la sola afiliación a un fondo privado administrador de cesantías no conlleva al cambio de régimen, sino simplemente a la modificación de la administración de los saldos que se vayan generando por cesantías, mas no de liquidación, esto es, del tradicional al anualizado con todas sus consecuencias sancionatorias y prestacionales.

¹⁸ Folios 67, 68, 69. Certificación de tiempo de servicios, acto de nombramiento y acta de posesión.

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 causa¹⁹, tenga como solventar sus necesidades 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 laboral²⁰. 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 social²¹, 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 laboral²². 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

¹⁹ Excepto en los casos excepcionales de pérdida del derecho.

²⁰ 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."*

²¹ A partir de la ley 65 de 1946.

²² 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.

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 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 1996²³, pero no opera de forma automática para quienes venían vinculados al servicio con anterioridad a dicha fecha.

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 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 1998²⁴, 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

²³ 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.

²⁴ 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.

encuentran bajo el sistema tradicional de retroactividad, es decir, de los vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 344 de 1996.

La afiliación de los servidores públicos territoriales a un fondo de cesantías en el evento previsto en el inciso anterior, se realizará en virtud de convenios suscritos entre los empleadores y los mencionados fondos, en los cuales se precisen claramente las obligaciones de las partes, incluyendo la periodicidad con que se harán los aportes por la entidad pública, y la responsabilidad de la misma por el mayor valor resultante de la retroactividad de las cesantías.

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

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

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 privado²⁵ (negritas 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, caso del aquí demandante, que decidan acogerse a liquidación anual, para que se les pueda aplicar el reconocimiento de la sanción moratoria, es menester la prueba irrestricta 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"*²⁶.

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

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

²⁶ 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.

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 recursos²⁷.

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"²⁸

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

²⁷CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda Subsección A. Radicado No. 08001-23-31-000-2011-00752-01(1528-14). C. P William Hernández Gómez.

²⁸ Consejo de Estado, Sección II, Subsección A, Radicado No. 08001 23 31 000 2011 01152-01 (0761-15)

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 vigencia de la Ley 344 de 1996, debe manifestar expresamente a la administración su voluntad en ese sentido”²⁹

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”³⁰.

²⁹ Consejo de Estado, Sección II, Subsección A. Radicado 080012331000201100717 01 (4586-2015).

³⁰ 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

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, 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 liquidación³¹.

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

En tal sentido, no existe el derecho a la sanción moratoria, consecuente con lo cual no puede entonces el Tribunal ordenar a título de condena el reconocimiento y pago (cumplimiento) de los valores que por dicho concepto de sanción moratoria le fueron reconocidos al actor en la Resolución No. 333 de 2014, máxime cuando al contrariar las normas de rango legal que regulan el derecho a las cesantías y la sanción moratoria, dicha resolución, deviene inaplicable

De otra parte, en lo relacionado a los perjuicios morales alegados, al compás de lo anteriormente expuesto y atendiendo la falta de acreditación de los

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"

³¹ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Labora, 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

mismos, tampoco resulta ajustado a derecho, el reconocimiento de los mismos.

Por consiguiente y teniendo en cuenta lo manifestado, no hay lugar al restablecimiento del derecho pretendido.

2.3. CONDENA EN COSTAS.

En virtud de lo anterior y siendo consecuentes con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C. G. del P., se condena en costas a la parte demandante, en razón a que como restablecimiento del derecho se reclama, el pago de una acreencia que no tiene soporte jurídico, lo cual, era ostensible desde el inicio mismo del proceso, resultando así que se reclama un derecho que a la postre se sabía improcedente³², dado el régimen de cesantías que cobijaba a la demandante.

3. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, SALA TERCERA DE DECISIÓN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. 247 de 16 de junio de 2015, en lo que respecta al señor FREDELY MARTELO CUELLOZ, quien figura como demandante en el presente proceso, de conformidad con las razones señaladas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDA: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, acorde con lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas parciales a la parte demandante, conforme lo dicho.

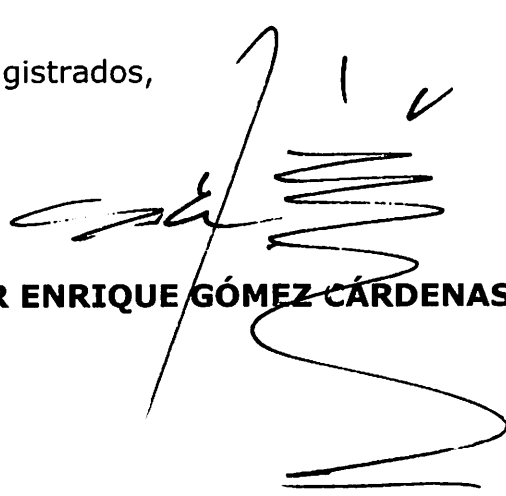
CUARTO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

³² Es de anotarse que el art. 365.5 del C. G. del P. hace facultativo del Juez, el poder de condenar en costas, atendiendo a lo acaecido al interior del proceso.

El proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No. 35.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

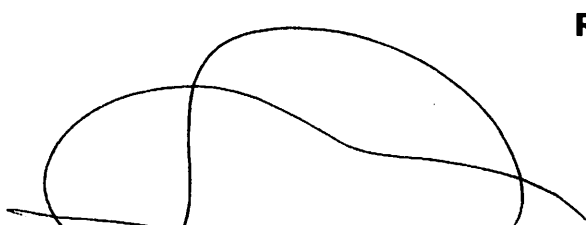
Los Magistrados,



CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS.



RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY



SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA