



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE Sala Segunda de Decisión Oral

Sincelejo, quince (15) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-007-2014-00049-01
ACTOR: MIGUEL SEGUNDO PUENTES ANGULO
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA -
SUCRE
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación, interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha 2 de marzo de 2016, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor **MIGUEL SEGUNDO PUENTES ANGULO**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de **MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA – SUCRE**, con el fin de que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, ocasionado de la petición presentada, el 11 de mayo de 2011, ante el Despacho del Alcalde municipal de San Juan de Betulia (Sucre).

¹ Folios 2 - 3, del cuaderno de primera instancia.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a la entidad accionada que reconozca y cancele: i) las cesantías adeudadas en las vigencias fiscales 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005; ii) la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías correspondientes a las vigencias fiscales en cuestión; y iii) el interés legal del 12% anual, a que hace referencia el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

El señor Miguel Segundo Puentes Angulo, se vinculó a la entidad accionada, desde el 17 de enero de 1995, en el cargo de Técnico Operativo, Código 314, Grado 011, hasta la fecha.

Manifestó, que no se encontraba afiliado a ningún fondo de cesantías y que solo hasta el año de 2005, fue afiliado a PORVENIR S.A., con el fin de que le fueran consignadas las cesantías adeudadas y futuras que se causaren, comprometiéndose la entidad a efectuar el pago de las mismas.

Indicó el actor, que el Municipio de San Juan de Betulia adquirió la obligación legal, de efectuar las cotizaciones en el fondo de cesantías en el que se encontraba afiliado, durante las vigencias fiscales siguientes a la afiliación, haciendo caso omiso a este deber, generando así, una sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo, por la no consignación oportuna de las cesantías

Señaló, que se causaron intereses legales del 12% anual, que hace referencia el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por cuanto la entidad accionada, debía cancelar la obligación a diciembre 31 de cada año fiscal, sin que esto se cumpliera durante el vínculo laboral.

² Folios 1 - 2, del cuaderno de primera instancia.

Adujo el demandante, que el 19 de mayo de 2011, solicitó sus derechos, sin recibir respuesta alguna, configurándose un acto administrativo ficto o presunto, por haber operado el silencio administrativo negativo.

Expresó, que en su caso, no operó la prescripción trienal, debido a que se encontraba vinculado a la entidad accionada en calidad de empleado público y ésta, desde la fecha de vinculación laboral, solo ha consignado al fondo, las cesantías correspondientes a los periodos 2006, 2007, 2008 y 2009.

Mencionó, que no le fueron consignadas al fondo, las cesantías del periodo comprendido entre enero 17 de 1995 y diciembre 31 de 2006 y en los siguientes periodos, fueron aportadas de manera extemporánea.

Finalmente argumentó, que teniendo en cuenta que solo se encontraba afiliado al fondo de cesantías, desde la vigencia fiscal del año 2005, se hizo acreedor de los derechos consagrados en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Como **soporte jurídico** de sus pretensiones, alega como violadas las siguientes normas:

- Constitución Política: arts. 1, 2, 6, 25, 29, 48, 53, 83, 95, 122, 124 y 125.
- Ley 50 de 1900.
- Ley 344 de 1996.
- Decreto 1042, 1045 de 1978, 1919 de 2002.

1.3. Contestación de la demanda.

El Municipio de San Juan de Betulia (Sucre)³, se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que carecían de respaldo legal para su concesión. Frente a los hechos señaló, que algunos eran ciertos y otros eran falsos o inexactos.

³ Folios 40 - 48, cuaderno de primera instancia.

Como argumento de defensa expuso, que la Ley 1071 de 2006, regulaba el mecanismo que se debía utilizar para el retiro parcial de las cesantías, atendiendo a que el demandante aun hoy, se encontraba laborando al servicio del municipio; sin embargo, la petición demandada no cumplía, ni llenaba esos requisitos, porque la estaban haciendo pasar, como si el empleado estuviera desvinculado o hubiese solicitado su reconocimiento y pago parcial, lo cual no ha sucedido.

Arguyó, que se estaban mezclando y confundiendo los sistemas de operatividad de las cesantías y la parte accionante, estaba sustentando jurisprudencialmente su posición en la sentencia proferida por el Consejo de Estado, dentro del proceso radicado No. 08001233100020110017601⁴; sin embargo, esta providencia hacía referencia al no pago de cesantías definitivas y no tocaba lo referente, a las cesantías parciales que era el caso aquí debatido.

Manifestó, que para que pudiera darse las sanciones que traía las Leyes 50 y 344, de 1996, se hacía necesario que el empleado le dirigiera comunicación a su empleador, indicándole que las cesantías causadas antes de afiliarse, voluntariamente, a un fondo, se las consignara en éste. En ese sentido, no bastaba que desde el año 2005, decidiera cambiar de régimen, apoyándose en lo sucesivo a un fondo, sino que necesariamente, al hacerlo debió manifestar a su empleador, que las cesantías que tenía causadas también se las consignara, mientras tanto seguían allí en el municipio.

Propuso la excepción de no agotamiento de vía gubernativa, en razón que la parte demandante, nunca elevó a la administración municipal, petición solicitando el reconocimiento y pago de las cesantías parciales; anotando que el empleado, voluntariamente cambio de régimen, no obligando a la entidad a depositar sus cesantías al fondo privado, aunque continuara laborando al servicio del ente accionado.

⁴ C. P. Luís Rafael Vergara Quintero.

1.4.- Sentencia impugnada⁵.

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de marzo 2 de 2016, declaró la nulidad parcial del acto administrativo ficto originado del silencio administrativo negativo del Municipio de San Juan de Betulia - Sucre, por falta de respuesta a la petición instaurada el día 11 de mayo de 2011, mediante la cual, el accionante solicitó el pago de sus cesantías e intereses, causadas desde el año de 1995 hasta el 2005, así como la sanción moratoria por su no pago oportuno.

En consecuencia, condenó al Municipio de San Juan de Betulia – Sucre, a pagar al señor Miguel Segundo Puentes Angulo, las cesantías parciales desde enero 18 de 1995 a diciembre 31 de 2005, a razón de un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente, por las fracciones del año, teniendo en cuenta el último salario devengado, en la fecha del cambio de régimen retroactivo al régimen anualizado.

Negó las demás pretensiones de la demanda, esto es, los intereses de las cesantías y la sanción moratoria.

Fundamentó el A-quo, que como el demandante ingresó a laborar previo al 31 de diciembre de 1996, el régimen de cesantías que le aplicaba hasta esa fecha, era el retroactivo, con el cual se tenía en cuenta el último salario devengado a la fecha, en que se cambió del régimen retroactivo al régimen de liquidación anualizado, esto es, el salario devengado en el mes de octubre del año 2006.

Indicó, que estaba probado que el actor a partir del año 2007, se le venían consignando sus cesantías al fondo administrado por PORVENIR S.A., al cual se encontraba afiliado; y precisó, que el hecho de estar el actor afiliado a este fondo, no quería decir que hubiera cambiado automáticamente de

⁵ Folios 103 - 114, cuaderno de primera instancia.

régimen, toda vez que para que eso sucediera, debía mediar la manifestación del actor de cambiar de régimen, como en el efecto sucedió.

En ese sentido, consideró, que si bien el actor se encontraba afiliado al régimen de cesantías anualizado a partir del año 2006, por cuanto así lo manifestó a la entidad demandada, aclaró que al demandante se le debía aplicar el régimen de liquidación retroactivo de cesantías para el periodo solicitado 1995 al 2005, puesto que para esos periodos se encontraba amparado por el régimen de cesantías retroactivas.

En ese orden, señaló el A-quo, que el actor tenía derecho al reconocimiento y pago del auxilio de cesantías retroactivas por el tiempo laborado en la entidad, desde el 17 de enero de 1995 (cuando se vinculó como Tecnólogo Agropecuario en la UMATA), hasta el 31 de diciembre de 2005.

Expuso, que no había lugar a declarar la prescripción de los valores reclamados, conforme lo establecido por la Sub sección B, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, según la cual, mientras esté vigente el vínculo laboral, no se puede declarar la prescripción de las cesantías.

Precisó que no era de recibo la pretensión del actor, en lo concerniente al reconocimiento y pago de una sanción moratoria fundada en la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías para los años comprendidos entre 1995 – 2005, toda vez que el actor se encontraba cobijado por el régimen anualizado a partir del año 2006, por lo tanto, no es dable la escisión de las particularidades de cada régimen.

También sostuvo, que no era procedente reconocer intereses a las cesantías en un monto del 12%, tal como lo pretendía el demandante, pues, dicho beneficio era aplicable al régimen de cesantías anualizadas y no al de cesantías retroactivas, como ocurría en el sub lite.

1.5.- El recurso⁶.

Inconforme, parcialmente, con la decisión de primer grado, la parte demandante la apeló, con el fin que se acceda a la totalidad de las pretensiones incoadas.

La parte actora sustentó, que en el expediente reposaba la prueba documental del escrito dirigido al alcalde de la época, encaminado a que se le aplicara la Ley 344 de 1996 y que consistía en el cambio de régimen de cesantías, lo cual indicaba, que renunció al régimen tradicional de cesantías, para que se le realizara la aplicación del nuevo régimen, desde su entrada en vigencia, muy a pesar que no lo realizó en la misma anualidad, llevándolo a cabo posteriormente.

Añade, que la juez de instancia consideró, *“que si bien era cierto que el demandante renunció al régimen de cesantías retroactivas, ello no implicaba que se hubiera transmutado al régimen de liquidación ANUALIZADA, régimen que es al que pertenece (el accionante) por haberse acogido de manera voluntaria, que es en últimas la razón por la cual toma la decisión libre y espontánea de renunciar al régimen que le era aplicable, si ello no fuera así, cabría preguntarse... cual (sic) fue el motivo de la RENUNCIA al régimen retroactivo...? Obviamente fue el que sus cesantías se cambiarían de régimen en su facto, desde que la ley que trae consigo el nuevo régimen de cesantías entrara en vigencia”* (Paréntesis fuera de texto).

En apoyo de lo dicho, trajo a colación la sentencia C – 859 del 2008, proferida por la Honorable Corte Constitucional, que al referirse al tema de la renuncia al régimen de cesantías, estudió la exigencia de la comunicación escrita, como requisito para efecto del traslado del régimen de cesantías.

⁶ Folios 128 - 129, cuaderno de primera instancia.

Finalmente, manifestó que la prueba aportada al proceso es idónea, para demostrar que desde que fue afiliado al fondo de cesantías PORVENIR, ya pertenecía al régimen de cesantías anualizado, por lo que debe accederse a las pretensiones perseguidas.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de mayo 2 de 2016, se admitió el recurso de apelación, interpuesto por la parte demandante⁷.
- En proveído de mayo 26 de 2016, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁸.
- La parte demandante y la demandada, no presentaron sus correspondientes alegatos.
- El Ministerio Público, no emitió concepto de fondo.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal es competente, para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁷ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folio 14, cuaderno de segunda instancia.

2.2. Problema Jurídico.

El problema jurídico a desatar, estriba en determinar: ¿Es procedente el reconocimiento y pago de intereses y sanción moratoria -Régimen Anualizado, Ley 50 de 1990/Ley 344 de 1996- por la no consignación oportuna de las cesantías, en favor del demandante, para el periodo 1995 – 2005, cuando el mismo se hallaba cobijado por el régimen de cesantías retroactivo?

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1.- De la sanción moratoria, consagrada en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, para los empleados del sector territorial.

En el sector público territorial, coexisten varios regímenes que gozan de vigencia en el ordenamiento jurídico, cada uno de ellos, se aplica de manera integral, en virtud del principio de inescindibilidad, los cuales son:

1.- Régimen de Cesantías con Retroactividad. 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.

2.- Régimen Administrado por el Fondo Nacional de Ahorro, desarrollado en el artículo 5º y demás normas pertinentes de la ley 432 de 1998; rige para los servidores que a él se afilien y contempla la liquidación anual de cesantías, pago de intereses por parte del Fondo, protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y, además, contribuye a la solución del problema de vivienda y educación.

3.- Régimen de Liquidación de Cesantías por Anualidad, creado por la Ley 50 de 1990.

Al respecto vale la pena traer a colación un pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado, de 24 de julio de 2008⁹, en el cual sostuvo:

“Como se advierte, 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 5° de la ley 432 de 1998 (artículo 1°).

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 3°).

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 2°). 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.”

Ahora bien, la sanción moratoria por falta de consignación del auxilio de cesantías de los servidores en los fondos privados, como prestación social pedida en esta oportunidad, está consagrada en la siguiente normatividad:

⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B. Expediente con radicación interna 2471-04. C. P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

La Ley 50 de 1990, en el Artículo 99, establece que:

“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 proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

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”.

El régimen anualizado de las cesantías, alcanzó aplicabilidad en el sector público, al entrar en vigencia el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, esto es, el 31 de diciembre del mismo año. Dicha norma, textualmente, 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.”.

Esta norma, a su vez, fue reglamentada posteriormente, mediante Decreto 1582, 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” (Negrilla fuera de texto).

La normativa en comento, permite entonces, la entrada en vigencia del sistema de liquidación anual de cesantías, para el sector público, conforme las disposiciones del artículo 99 de la ley 50 de 1990. Sistema que consiste, 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 causen.

La aplicación del régimen de anualidad de cesantías, trae consigo, 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 (15 de febrero).

De conformidad con lo expuesto, hay lugar al pago de la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, cuando al trabajador, beneficiario del régimen anualizado de cesantías, no se le consigne, anualmente, de forma oportuna la prestación causada.

Así lo ha manifestado el Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub-Sección A, en providencia del 25 de noviembre de 2010, expediente No. 25000-23-25-000-2004-01754-01(0811-09) C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

“Así las cosas, mientras la Ley 344 de 1996 previó el nuevo régimen anualizado de cesantías y el sistema a aplicar para las personas vinculadas con el Estado a partir de diciembre de 1996, el Decreto 1582 de 1998, fue el que trajo consigo la sanción moratoria contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable a partir de la entrada en vigencia de dicho decreto (10 de agosto de 1998).

El nuevo régimen entonces, además de contemplar que a 31 de diciembre de cada año el empleador debe hacer una liquidación definitiva de las cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, ordenó que dicho valor se consignara antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo eligiera.

La sanción moratoria, se concreta en un día de salario por cada día de retardo, cuando el empleador no consigna la cesantía definitiva por la anualidad o fracción correspondiente, antes del 15 de febrero como ya se señaló.

En este punto, resulta importante diferenciar las sanciones contempladas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo del Decreto 1582 de 1998 y la prevista en la Ley 244 de 1996, dado que cada una tiene un origen y finalidad distinta. La primera, hace referencia a la indemnización derivada de la falta de consignación por parte del patrono antes del 15 de febrero de cada año, del auxilio de cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre, en un fondo privado. Y la segunda, por su parte, se genera frente a la falta de pago de dicha prestación a la terminación de la relación legal o reglamentaria, habida cuenta, que la entidad tiene la obligación de reconocerla y pagarla dentro de los términos señalados en la ley, so pena de incurrir en la sanción prevista en el artículo 2 párrafo, de esa norma.

Lo anterior indica, que la sanción de la Ley 50 de 1999, se aplica hasta que esté vigente la relación laboral y será pagadera hasta el momento en que el trabajador se retira del servicio, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios a que tenga derecho. A diferencia de esta, la sanción de la Ley 244 de 1996, para el pago de la cesantía definitiva, se activa cuando el funcionario solicita ante la administración su cancelación.

En conclusión, el alcance de tales sanciones es diverso, su reconocimiento no es concurrente, sino por el contrario, es excluyente.

Finalmente y frente a la indexación, debe señalarse que esta procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de las cesantías en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995 dado que está

última constituye la actualización del valor de la cesantía no pagada oportunamente”

En el mismo sentido, la misma Sección del Consejo de Estado¹⁰, se pronunció sobre el régimen de liquidación anual de las cesantías, en los siguientes términos:

“... Como características de este régimen además de contemplar que a 31 de diciembre de cada año el empleador debe hacer una liquidación definitiva de las cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, ordenar que dicho valor se consigne antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija.

*Por otro lado, el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 previó como sanción moratoria un día de salario por cada día de retardo, pero en el evento en que el empleador no consigne **la cesantía definitiva por la anualidad o fracción correspondiente** antes del 15 de febrero del año siguiente en el fondo que el trabajador eligió.*

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

Así las cosas, a pesar de la naturaleza sancionatoria de una y otra indemnización, las situaciones que gobiernan son distintas, la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 se genera por la no consignación oportuna de la cesantía que se paga anualizada, y la segunda, la prevista en la Ley 244 de 1995 se genera por el no pago de la cesantía al momento del retiro del servicio. Es decir, que la segunda de las sanciones será

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B, C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardilla, sentencia de 5 de agosto de 2010. Rad. No. 08001-23-31-000-2008-00394-01 (1521-09).

pagadera hasta el momento en que el trabajador se retira del servicio, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios a que tenga derecho.

Ahora bien, la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995.

La demandante se vinculó con la administración distrital el 2 de enero de 2004 (Fl. 14), el régimen de cesantías que le era aplicable era el anualizado, que le ordenaba a la entidad consignar anualmente el valor de las cesantías en el fondo privado que el trabajador voluntariamente escogiera, o en su defecto, en el que la administración elija, porque la no manifestación del servidor sobre el fondo en el que quiere le sea consignado el valor de las cesantías, no exime a la administración de cumplir con la obligación de consignación dentro del plazo legal fijado, obligación que como se demuestra en el expediente, no cumplió la entidad aquí demandada, puesto que para el 15 de febrero de 2005 no había consignado el valor de las cesantías correspondientes al año de 2004" (Negrillas de la Sala)

Siendo así, se observa que es obligación del empleador, consignar las cesantías de sus empleados antes del 15 de febrero del año siguiente al laborado, por expresa disposición legal, teniendo en cuenta los parámetros normativos, del régimen anualizado de cesantías, propio de la Ley 50 de 1990, aplicable a los empleado públicos mediante la Ley 344 de 1996.

Esto a su vez, no aplica para aquellos empleados que fueron cobijados por el régimen retroactivo de cesantías, pues,

2.3.2.- Caso concreto.

En el presente asunto y para los solos efectos de lo apelado (art. 320 del C. G. del P.), debe entenderse, que la parte demandante solicita dentro de sus pretensiones, el reconocimiento y pago de los intereses de cesantías y la sanción moratoria, dispuesta por la Ley 50 de 1990 -Ley 344 de 1996- régimen

anualizado de cesantías-, por la no consignación oportuna de las cesantías en los años 1995 a 2005.

Por su parte, el A-quo en la sentencia recurrida, negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria fundada en la Ley 50 de 1990, en razón a que el actor se encontraba cobijado por el régimen anualizado a partir del año 2006 y no era dable la escisión de las particularidades de cada régimen. También negó el reconocimiento de intereses a las cesantías, en un monto del 12%, pues, dicho beneficio era solo aplicable al régimen anualizado y no al retroactivo, como ocurría en el sub lite.

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante la recurre, porque considera que renunció al régimen retroactivo de cesantías, con miras a que se le aplique la Ley 344 de 1996 desde su vigencia, sosteniendo que aunque no presentó la solicitud en la misma anualidad sino con posterioridad, de igual forma surtía efectos la normatividad referida desde su entrada en vigencia, debido a que las cesantías hasta la fecha de la vinculación, aún se encontraban insolutas.

Analizado el caso puesto a consideración, esta Sala, es del concepto que la sentencia recurrida debe ser **confirmada**, atendiendo a que los argumentos expuestos por la parte demandante en su recurso, no son de recibo, de conformidad con las siguientes razones:

En el presente asunto, se advierte, que el señor MIGUEL PUENTES ANGULO, viene laborando con el Municipio de San Juan de Betulia – Sucre, en el cargo de Técnico Operativo, Código 314, Grado 011, nombrado mediante Decreto 017 del 17 de enero de 1995 y posesionado el día 18 del mismo mes y año¹¹.

Conforme certificado de fecha 6 de mayo de 2015, suscrito por el Secretario de Hacienda Municipal de San Juan de Betulia – Sucre, en los archivos de su oficina no se encontró que al señor Miguel Segundo Puentes Angulo, se le

¹¹ Folios 12 - 13 del Cuaderno de primera instancia.

hubiera cancelado algún valor por concepto de cesantías e intereses o sanciones moratorias, desde la fecha de su vinculación, 18 de enero de 1995, hasta el 31 de diciembre de 2005¹².

Mediante escrito de fecha 17 de octubre de 2006, dirigido al entonces Alcalde del Municipio de Betulia, el actor manifestó su deseo de renunciar al régimen de cesantías retroactivas y acogerse al régimen de cesantías anualizadas¹³.

Conforme certificado de fecha 30 de julio de 2010, expedido por Porvenir S.A., el señor Miguel Segundo Puentes Angulo, se encuentra afiliado a ese fondo y las cesantías se le vienen consignando a partir del año 2007¹⁴.

Luego, el régimen aplicable al señor Miguel Segundo Puentes Angulo, en materia de cesantías para el periodo reclamado (1995 – 2005), es el de la retroactividad, como bien lo afirma la juez de primera instancia.

En efecto, se aprecia que a la fecha en que el actor entró a trabajar al municipio demandado, esto es, en el año de 1995, se encontraba vigente el régimen retroactivo de cesantías y solo **renunció** a dicho régimen, mediante manifestación expresa del 17 de octubre de 2006, cuando solicitó la aplicabilidad del anualizado, dispuesto por la Ley 50 de 1990 -Ley 344 de 1996.

Siendo así, se tiene que el demandante se encuentra cobijado bajo el régimen de cesantías anualizado a partir del año 2006, de allí que en las anualidades anteriores, el régimen que cobijaba al accionante, era el retroactivo de la ley 6° de 1945.

Bajo esta apreciación, no entiende la Sala, como se pretende una sanción moratoria fundada en la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna

¹² Folio 70 del Cuaderno de primera instancia.

¹³ Folio 101 del Cuaderno de primera instancia.

¹⁴ Folio 16 del Cuaderno de primera instancia.

de las cesantías desde el año 1995, cuando el demandante, solo “podría”¹⁵ entenderse cobijado por el régimen anualizado, una vez entrado el año 2006, sin que sea dable, la escisión de las particularidades de cada régimen y mucho menos, su aplicación retroactiva.

Igualmente, para el periodo que va desde el 2001 a 2005, tampoco es posible otorgar tales reconocimientos, pues, queda claro que el actor no renunció expresamente al anterior régimen, una vez entrado en vigencia el régimen anualizado de cesantías, sino que lo hizo solo hasta el mes de octubre del año 2006 y tal aspecto fáctico, no puede ser desestimado en beneficio de los intereses del demandante.

Entonces, al no existir duda de que el periodo de cesantías reclamado por el actor -1995 a 2005- se encontraba amparado por el régimen retroactivo, se infiere que en el presente caso, no hay lugar al reconocimiento de la liquidación de intereses sobre las cesantías y de la sanción por mora, teniendo en cuenta que estos reconocimientos, se otorgan solo a partir de la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990 y la Ley 344 de 1996, régimen anualizado de cesantías.

¹⁵ La expresión encomillada, en tanto, el Consejo de Estado ha sostenido. “Está demostrado que la actora era beneficiaria del régimen de cesantías retroactivas, se trasladó a Colfondos para que este administrara su prestación y nunca fue su intención renunciar al régimen que la cobijaba sino cambiar de administrador. En estas condiciones su situación quedó subsumida en el inciso primero del artículo 2 del decreto 1582 de 1998 y, por ende, debe entenderse que lo que operó fue un traslado de la entidad encargada de administrar las cesantías, sin que su régimen de retroactividad hubiera sufrido alguna modificación. Así cuando la demandada procedió a liquidar las cesantías ha debido tomar en consideración los anteriores hechos. No lo hizo, sino que de manera desacertada consideró que con el cambio de administradora se había renunciado implícitamente al beneficio de la retroactividad y optado por la anualidad en la liquidación y pago de la prestación”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sub sección B. Sentencia del 24 de julio de 2008. C. P. Dr. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE. Radicación No.: 25000-23-25-000-2001-00798-01 (2471-04). Actor: MARIA INES ALARCON AMAYA. Demandado: BOGOTÁ, DISTRITO CAPITAL Y OTROS. Que es lo que aparentemente pretende alegar la apelante, afirmación de la cual, tampoco se puede concluir, que el demandante acceda al régimen de la ley 50 de 1990/ley 344 de 1996, pues, su régimen sería retroactivo (Nótese, que en lo aquí dicho, no se analiza si hubo o no renuncia al régimen, sino que se plantea una hipótesis que tampoco favorece las pretensiones del demandante).

Por consiguiente y teniendo en cuenta lo manifestado, indefectiblemente, se debe confirmar la decisión de primera instancia, toda vez que el actor, solicita el reconocimiento un interés y de una sanción moratoria, bajo un régimen jurídico alejado, del que por ley le estaba consolidado, esto es, el régimen retroactivo para los años en que es pedido los emolumentos tantas veces mencionados.

3. Condena en costas - Segunda instancia.

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1° 2° y 3° del artículo 365 del Código General del Proceso, condénese en costas a la parte demandante y liquídense, de manera concentrada, por el juez *a quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

4.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 2 de marzo de 2016, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia, a la parte demandante. El A-quo liquidará, concentradamente, las costas procesales, incluyendo agencias en derecho.

TERCERO: 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.

NOTIFIQUÉSE, COMUNIQUÉSE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 152/2016

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA