



Función Pública

Sentencia 2011-00649 de 2020 Consejo de Estado

CESANTÍAS / RÉGIMEN ANUALIZADO DE CESANTÍAS / RÉGIMEN RETROACTIVO DE CESANTÍAS / TRASLADO DE RÉGIMEN DE CESANTÍAS - Requisitos / SANCIÓN MORATORIA POR PAGO EXTEMPORANEO DE CESANTÍAS

Con la expedición del Decreto 3118 de 1968 se creó el Fondo Nacional del Ahorro como un establecimiento público adscrito al entonces Ministerio de Desarrollo Económico, constituido por las cesantías de los trabajadores oficiales y empleados públicos, cuyo objeto, entre otros, era garantizar el pago oportuno del aludido derecho laboral. [...] El citado precepto no era aplicable a los servidores públicos del orden territorial, quienes se encontraban sujetos al régimen de cesantías dispuesto en las Leyes 6.^a de 1945 y 65 de 1946, esto es, al retroactivo. [...] [L]a Ley 50 de 1990 cambió el régimen de cesantías en el sector privado al anualizado. [...] El artículo 13 de la Ley 344 de 1996 extendió el régimen de cesantías fijado en la Ley 50 de 1990 a los servidores públicos vinculados con posterioridad a su entrada en vigor (31 de diciembre de 1996) [...] El artículo 1.^o del Decreto 1582 de 1998 amplió el régimen de cesantías de que trata la Ley 50 de 1990 (anualizado) a los servidores públicos del orden territorial. [...] Visto lo anterior, coexisten dos regímenes de cesantías, las retroactivas que son dables para quienes se vincularon a la administración pública hasta el 30 de diciembre de 1996 y las anualizadas creadas por la Ley 50 de 1990, inicialmente para el sector privado y que la Ley 344 de 1996 extendió a los servidores públicos vinculados con posterioridad a su entrada en vigor (31 de diciembre de 1996). Conforme a la normativa trascrita se tiene entonces que los empleados que se vincularon a partir del 31 de diciembre de 1996 les es aplicable el régimen de cesantías anualizadas regulado por la Ley 50 de 1990, que dispone la realización de la liquidación anual de dicha prestación social, suma que deberá ser consignada en el respectivo fondo de cesantía, con anterioridad al 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado al pago de un día de salario por cada día de retardo. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 3 del Decreto 1582 de 1998 previó la posibilidad para los servidores públicos vinculados con anterioridad a la Ley 344 de 1996 que gocen del régimen de retroactividad, acogerse al de cesantías allí previsto. [...] [E]l régimen de cesantías que le resulta aplicable a la actora, respecto de lo cual se evidencia que su vinculación a la planta global de la entidad territorial demandada data del 18 de marzo de 1996, fecha para la cual el vigente era el de cesantías retroactivas regido por la Ley 6.^a de 1945, sin que obre prueba alguna del traslado de que trata el artículo 3 del Decreto 1582 de 1998, que permitió la posibilidad para los servidores públicos vinculados con anterioridad a la Ley 344 de 1996 de acogerse al régimen de cesantías anualizadas. [...] [E]l artículo 2 del citado Decreto 1582 establece que, para que los servidores públicos territoriales puedan afiliarse a un fondo de cesantías y acogerse al nuevo régimen anualizado, deben cumplirse las siguientes exigencias: (i) suscripción de un convenio entre la entidad territorial y el fondo de cesantías para efectos de administrar en cuentas individuales los recursos para el pago de las cesantías de los servidores públicos de ese nivel que se encuentran bajo el sistema tradicional de retroactividad y (ii) información y publicidad entre los tres (3) sujetos (ente, fondo y afiliado) para efectos de poner en conocimiento el traslado. [...] [S]e evidencia que la accionante está vinculada a la demandada desde el 18 de marzo de 1996 y, a pesar de haberse afiliado a un fondo de pensiones y cesantías privado, no perdió el régimen retroactivo de cesantías que la cobijaba por ser empleada del nivel territorial antes del 31 de diciembre de ese año, fecha en que entró en vigor la Ley 344 de 1996; por lo tanto, no hay duda sobre la falta de cumplimiento de las previsiones legales para la configuración del cambio de régimen, razón más que suficiente para tener como acertada la decisión adoptada por el *a quo*, que será confirmada.

FUENTE FORMAL: LEY 6 DE 1945 / LEY 65 DE 1946 / LEY 50 DE 1990 / LEY 344 DE 1996 - ARTÍCULO 13 / DECRETO 1582 DE 1998

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "B"

Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER

Bogotá, D. C., veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00649-01(2993-16)

Actor: ROSA DEL AMPARO CABALLERO CABALLERO

Demandado: MUNICIPIO DE SOLEDAD - ATLÁNTICO

Referencia: SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE LAS CESANTÍAS

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 28 de agosto de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico (sala itinerante de descongestión), mediante la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso del

epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 La acción (ff. 1 a 11). La señora Rosa del Amparo Caballero Caballero, a través de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar acción de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (CCA), contra el municipio de Soledad (Atlántico), para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare la nulidad del «[...] [o]ficio n[ú]mero STH 990/10, sin fecha, recibido el día 14 de [e]nero de 2011 [...], por medio del cual [...] [se] niega y desconoce la solicitud de pago de la sanción moratoria que consagra [...] la Ley 344 de 1996, [...] derivada de la mora y retardo en la consignación del auxilio de cesantías en forma anualizada, en el fondo administrador de cesantías respectivo [...]».

A título de restablecimiento del derecho, se condene al pago de la sanción moratoria «[...] desde la omisión de consignación del auxilio correspondiente a la anualidad de 1997, hasta la fecha en que se produzca la consignación [...] y de los demás [...] posteriores que se han dejado de consignar en forma oportuna [...]», valores que deberán ser actualizados conforme al índice de precios al consumidor (IPC).

1.3 Fundamentos fácticos. Relata la demandante que «[...] labora en el MUNICIPIO DE SOLEDAD ATLÁNTICO (ALCALDÍA [...] de SOLEDAD - ATLÁNTICO), en el cargo denominado: SECRETARIA - CÓDIGO 440, GRADO 02, adscrito a la plata [sic] [g]lobal de la Administración Central [de ese ente], desde el día 18 de [m]arzo de 1996 y a la fecha presente aún se encuentra vinculada [...]».

Que el ente demandado «[...] no consignó a tiempo, ni en forma oportuna, ni dentro del plazo fijado y establecido en [...] la Ley 344 de 1996 [...], [sus] auxilios de cesantías [...]» correspondientes a las anualidades 1997 a 2008, es decir, «[...] no fueron consignados a más tardar hasta el día 14 de [f]ebrero del año siguiente al que se causa[ron] [...]», por lo que aquel le debe reconocer la respectiva sanción moratoria, consistente en un día de salario por cada día de retardo.

Que por lo anterior, el 19 de noviembre de 2010 pidió del municipio de Soledad «[...] el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no CONSIGNACIÓN oportuna de los [mencionados] auxilios de cesantías anualizados [...], solicitud que fue respondida [...] a través del acto administrativo contenido en el OFICIO n[ú]mero STH 990/10, sin fecha [...]», pero en forma negativa.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita co

mo normas violadas por el acto administrativo demandado los artículos 13, 29, 53 y 209 de la Constitución Política; 99 (numeral 3) de la Ley 50 de 1990; 21 del Decreto 1063 de 1991; 13 de la Ley 344 de 1996; 1.º del Decreto 1582 de 1998; 20 (numeral 3) del Código de Procedimiento Civil; y 138, 152, 156 y 157 del CCA.

Arguye que el demandado «[...] al no consignar las cesantías al fondo, se encuentra incurso de una violación flagrante [...]» de las normas referidas en el anterior párrafo, y «[...] de manera directa el Decreto 1582 de 1998 que reglament[ó] el artículo 13 de la [L]ey 344 de 1996, al no efectuar oportunamente las consignaciones de [sus] cesantías [...], en el fondo respectivo, y en el termino [sic] señalado y concedido por dicha norma, [...] conducta comisiva [sic] [...] que es causante de NULIDAD del acto administrativo producido por el MUNICIPIO DE SOLEDAD, el cual va en detrimento de los derechos [de la] trabajador[a] y servidor[a] públic[a] titular de [e]stos [...]».

1.5 Contestación de la demanda (ff. 40 a 46). El municipio de Soledad (Atlántico), a través de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en relación con los hechos dice que algunos no son ciertos y otros no le constan.

Propuso las excepciones denominadas ineptitud de la demanda por indebido agotamiento de vía gubernativa, imposibilidad de cancelar indemnización moratoria por existencia de un acuerdo de reestructuración de pasivos, ausencia probatoria para acogerse a otro régimen de cesantías, prescripción y falta de legitimación por activa.

1.6 Providencia apelada (ff. 115 a 123). El Tribunal Administrativo del Atlántico (sala itinerante de descongestión), mediante sentencia de 28 de agosto de 2015, negó las súplicas de la demanda (sin condena en costas), al considerar que la actora está vinculada a la administración municipal desde el 18 de marzo de 1996, por lo que su régimen de cesantías es el consagrado en la Ley 6a. de 1945, esto es, el retroactivo, y en la medida en que no obra prueba alguna en el expediente sobre el traslado de régimen, no es dable acceder a sus pretensiones de sanción moratoria por el pago tardío de ese auxilio.

Que «[...] el hecho de que la actora se haya afiliado a un fondo de cesantías no significa que de forma automática se haya acogido al nuevo régimen analizado [sic] de cesantías, pues ello no resulta suficiente para considerar como válido el cambio de régimen, si se tiene en cuenta que las entidades administradoras de cesantías creadas por la [L]ey 50 de 1990 podían administrar en cuentas individuales los recursos para el pago de las cesantías retroactivas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 1582 de 1998».

1.7 Recurso de apelación (ff. 124 a 127). Inconforme con la anterior sentencia, la demandante, mediante apoderado, interpuso recurso de apelación (parcial¹), al estimar que «[...] se encuentra afiliada al Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS a partir del año 2002. Si bien [...] entró a laborar con el [m]unicipio de Soledad con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, lo cierto es que las vigencias que se reclaman son las correspondientes a los años 2002 a 2008, es decir, a partir de la fecha en la cual se afilió al Fondo, como se encuentra demostrado en el proceso, [...] por lo que [...] se entiende que est[á] cobijada con el nuevo régimen de cesantías que contempla su liquidación cada 31 de diciembre de cada año y su consignación a más tardar el 14 de febrero del año siguiente [...]».

II. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto fue concedido mediante proveído de 15 de junio de 2016 (f. 130) y admitido por esta Corporación a través de auto de 14 de julio de 2017 (f. 134), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento del artículo 212 del CCA.

2.1 Alegatos de conclusión. Admitida la alzada, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 16 de abril de 2018 (f. 137), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, de conformidad con lo establecido en el artículo 212 del CCA, oportunidad aprovechada por todos.

2.1.1 Parte demandante (ff. 138 y 139 vuelto). Por intermedio de apoderado, reitera los argumentos expuestos en la apelación e insiste en que se encuentra probada la afiliación al fondo de pensiones y cesantías privado con su correspondiente traslado de régimen de cesantías.

2.1.2 Entidad demandada (ff. 162 a 179). A través de apoderado, expone que la sentencia adoptada está ajustada a derecho porque cumple las directrices jurisprudenciales emitidas de esta Corporación, razón por la que debe confirmarse.

2.1.3 Ministerio Público (ff. 181 a 188 vuelto). El procurador tercero delegado ante esta Corporación presentó concepto en el que solicita que la sentencia recurrida sea confirmada, «[...] *al quedar plenamente establecido la inaplicabilidad del régimen anualizado de las cesantías, concebido a través de la Ley 344 de 1996, sino al retroactivo, que le impide ser derechohabiente de la petitionada petición moratoria por consignación tardía del auxilio de cesantía*» (sic).

III. CONSIDERACIONES.

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 129 del CCA, esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

3.2 Problema jurídico. De acuerdo con el recurso de apelación, se contrae a determinar si a la actora le es aplicable o no el régimen de cesantías anualizadas y la sanción moratoria por mora en su pago, y de serlo, si tiene derecho o no a esta, a pesar de que no se ha desvinculado del municipio de Soledad (Atlántico).

3.3 Marco jurídico. En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

Las cesantías comportan una prestación social a favor del trabajador que debe pagar el empleador como contraprestación por las actividades que realiza, con la finalidad de que las utilice para satisfacer sus necesidades en el evento en que cese su vinculación laboral.

La letra f) del artículo 12 de la Ley 6.^a de 1945² estipula que el monto de esta prerrogativa es equivalente a un mes de salario por cada año de servicios o proporcionalmente al lapso laborado. Además, la mencionada norma dispone que solo hay lugar a pagarla una vez culmine la relación laboral, por lo que esta forma de reconocimiento recibió el nombre de régimen de cesantías retroactivo.

El artículo 1.^o de la Ley 65 de 1946³ extendió dicha garantía a los trabajadores del orden territorial, entre otros, en los siguientes términos:

Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1 de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.

Parágrafo.- Extiéndese este beneficio a los trabajadores de los Departamentos, Intendencias y comisarías y Municipios [...].

La norma en cita la reproduce el Decreto 1160 de 1947⁴ con la aclaración de que el monto de la prestación era equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente al tiempo laborado, si era inferior a ese lapso.

Con la expedición del Decreto 3118 de 1968 se creó el Fondo Nacional del Ahorro como un establecimiento público adscrito al entonces Ministerio de Desarrollo Económico, constituido por las cesantías de los trabajadores oficiales y empleados públicos, cuyo objeto, entre otros, era garantizar el pago oportuno del aludido derecho laboral. En esta norma se individualizó las entidades públicas que debían realizar la liquidación anual del emolumento, así:

Artículo 27. Liquidaciones anuales. Cada año calendario contado a partir del 1.^o de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados.

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

El citado precepto no era aplicable a los servidores públicos del orden territorial, quienes se encontraban sujetos al régimen de cesantías dispuesto en las Leyes 6.^a de 1945 y 65 de 1946, esto es, al retroactivo.

Por otra parte, la Ley 50 de 1990⁵ cambió el régimen de cesantías en el sector privado al anualizado, cuyas características fueron explicadas en su artículo 99:

El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

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

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

El artículo 13 de la Ley 344 de 1996⁶ extendió el régimen de cesantías fijado en la Ley 50 de 1990 a los servidores públicos vinculados con posterioridad a su entrada en vigor (31 de diciembre de 1996), en los siguientes términos:

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 efectuar 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.

El artículo 1.º del Decreto 1582 de 1998⁷ amplió el régimen de cesantías de que trata la Ley 50 de 1990 (anualizado) a los servidores públicos del orden territorial, así:

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.

Visto lo anterior, coexisten dos regímenes de cesantías, las retroactivas que son dables para quienes se vincularon a la administración pública hasta el 30 de diciembre de 1996 y las anualizadas creadas por la Ley 50 de 1990, inicialmente para el sector privado y que la Ley 344 de 1996 extendió a los servidores públicos vinculados con posterioridad a su entrada en vigor (31 de diciembre de 1996).

Conforme a la normativa transcrita se tiene entonces que los empleados que se vincularon a partir del 31 de diciembre de 1996 les es aplicable el régimen de cesantías anualizadas regulado por la Ley 50 de 1990, que dispone la realización de la liquidación anual de dicha prestación social, suma que deberá ser consignada en el respectivo fondo de cesantía, con anterioridad al 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado al pago de un día de salario por cada día de retardo.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 3 del Decreto 1582 de 1998 previó la posibilidad para los servidores públicos vinculados con anterioridad a la Ley 344 de 1996 que gocen del régimen de retroactividad, acogerse al de cesantías allí previsto.

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

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

De lo anterior se desprende que, incluso, los empleados territoriales vinculados con antelación al 31 de diciembre de 1996 podían trasladarse del régimen de cesantías retroactivo al anualizado, siempre que se dieran las siguientes situaciones: (i) convenio entre la entidad territorial y el fondo de cesantías y (ii) información y publicidad entre los tres (3) sujetos (ente, fondo y afiliado) para efectos de poner en conocimiento el traslado.

3.4 Caso concreto. A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

a) Según certificación de 15 de septiembre de 2014 (f. 111), el Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos hace constar que la actora está afiliada desde el 29 de enero de 2002.

b) Por certificación de 26 de abril de 2011 (f. 16), el secretario de talento humano del municipio de Soledad (Atlántico) da cuenta de que la demandante «[...] *labora con la Alcaldía [...], en el cargo denominado SECRETARIA, [c]ódigo 440 [g]rado 02, adscrito a la PLANTA GLOBAL DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL, desde el 18 de marzo de 1996 hasta la fecha*» (sic).

c) Mediante escrito de 19 de noviembre de 2010 (f. 17), la accionante pidió del municipio demandado que «[...] *sea cancelada la indemnización o sanción moratoria por el no giro oportuno de [sus] cesantías al fondo al que [se] encontraba afiliada durante los años 1996 hasta 2008 [...]*». No obstante, se advierte que si bien las pretensiones de la demanda se contraen a esas anualidades, dentro de la alzada fueron restringidas a los años 2002 a 2008.

d) La anterior petición fue atendida por la Administración de manera desfavorable, por medio de oficio STH 990/10 recibido el 14 de enero de 2011, en el sentido de indicar que «[...] *los derechos reclamados se encuentran parcialmente prescritos debido a que una vez dichos derechos se hicieron exigible[s] era deber del servidor formular la reclamación administrativa prevista por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 [...]*».

e) A través de oficio 0319-11 de 21 de octubre de 2011 (f. 60), la tesorera municipal de Soledad (Atlántico) informa que «[r]evisado el *software contable, presupuestal y de tesorería de la Secretaría de Hacienda Municipal [...], vigencia 2003 y SIIAFE vigencias 2004-2008, NO SE REGISTRA pago alguno al Fondo Administrador de Cesantías [de la] servidor[a] públic[a] [...]*».

f) Con oficio BQ-R-I-L-427-09-14 de 16 de septiembre de 2014 (f. 110), la administradora de la oficina prado del Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos señala las siguientes cinco (5) consignaciones efectuadas a la cuenta de ahorro individual de cesantías de la accionante:

Fecha	Valor
31/03/2010	\$1.028.697,65
11/02/2011	\$1.134.138,00
14/02/2012	\$1.239.483,00
15/02/2013	\$1.356.934,00
14/02/2014	\$1.504.958,00

De las pruebas relacionadas, se colige que la actora (i) labora para el municipio de Soledad (Atlántico) desde el 18 de marzo de 1996, según la certificación de talento humano allegada al expediente; (ii) se afilió para cesantías desde el 29 de enero de 2002 al Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos, de conformidad con la certificación emitida por este; y (iii) el 19 de noviembre de 2010 deprecó de la Administración el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías correspondientes a los años de 1996 a 2008, lo cual fue negado a través del acto administrativo objeto de este proceso.

Sea lo primero determinar, según el problema jurídico planteado en precedencia, el régimen de cesantías que le resulta aplicable a la actora, respecto de lo cual se evidencia que su vinculación a la planta global de la entidad territorial demandada data del 18 de marzo de 1996, fecha para la cual el vigente era el de cesantías retroactivas regido por la Ley 6ª. de 1945, sin que obre prueba alguna del traslado de que trata el artículo 3 del Decreto 1582 de 1998, que permitió la posibilidad para los servidores públicos vinculados con anterioridad a la Ley 344 de 1996 de acogerse al régimen de cesantías anualizadas.

Según el marco conceptual que antecede, el artículo 2 del citado Decreto 1582 establece que, para que los servidores públicos territoriales puedan afiliarse a un fondo de cesantías y acogerse al nuevo régimen anualizado, deben cumplirse las siguientes exigencias: (i) suscripción de un convenio entre la entidad territorial y el fondo de cesantías para efectos de administrar en cuentas individuales los recursos para el pago de las cesantías de los servidores públicos de ese nivel que se encuentran bajo el sistema tradicional de retroactividad y (ii) información y publicidad entre los tres (3) sujetos (ente, fondo y afiliado) para efectos de poner en conocimiento el traslado.

En el presente asunto se echa de menos las anteriores condiciones, por cuanto solo hay certificación sobre la afiliación de la accionante al Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos, lo que no es prueba fehaciente ni suficiente para acreditar un traslado de régimen, tal como lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación⁸ en los siguientes términos:

En este orden de ideas, se requiere la manifestación expresa del empleado público beneficiario del régimen retroactivo de cesantías, de acogerse al anualizado previsto en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, que a su vez remite al artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el cual regula en su numeral 3º la sanción de un día de salario por cada día de retardo en la consignación del

auxilio de cesantías en el fondo escogido por el trabajador.

Dicha manifestación es necesaria puesto que la afiliación del empleado a un fondo privado de cesantías creado por la Ley 50 de 1990 no conlleva a que se entienda tácitamente la intención de cambiarse de régimen. [...]

En similar sentido, este Cuerpo Colegiado discurrió⁹:

[...] el sólo hecho de afiliarse a un fondo de cesantías privado no conlleva el cambio de régimen del retroactivo al anualizado, pues el mismo Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998 en el artículo 2º, prevé la posibilidad de que las entidades administradoras de cesantías depositen en cuentas individuales, los recursos destinados al pago de cesantías de los servidores públicos del orden territorial cobijados por el régimen de retroactividad [...]

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 que iniciaron su relación a partir del 31 de diciembre de 1996 además que su aplicación para quienes se vincularon con anterioridad a esta fecha sólo tiene validez siempre que decidan acogerse al mismo; debe precisarse, que para que opere el cambio de régimen retroactivo de cesantías al anualizado es necesario que el servidor territorial vinculado antes de la vigencia de la Ley 344 de 1996, manifieste expresamente a la administración dicha determinación¹⁰. De no ser así, su afiliación a un fondo creado en virtud de la Ley 50 de 1990 tan sólo implica el cambio de administrador de dichos recursos.

Es decir, 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.

En virtud de las anteriores directrices jurisprudenciales aplicadas al caso, se evidencia que la accionante está vinculada a la demandada desde el 18 de marzo de 1996 y, a pesar de haberse afiliado a un fondo de pensiones y cesantías privado, no perdió el régimen retroactivo de cesantías que la cobijaba por ser empleada del nivel territorial antes del 31 de diciembre de ese año, fecha en que entró en vigor la Ley 344 de 1996; por lo tanto, no hay duda sobre la falta de cumplimiento de las previsiones legales para la configuración del cambio de régimen, razón más que suficiente para tener como acertada la decisión adoptada por el *a quo*, que será confirmada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Ministerio Público,

FALLA:

1º. Confírmase la sentencia de 28 de agosto de 2015 por el Tribunal Administrativo del Atlántico (sala itinerante de descongestión), que negó las pretensiones de la demanda incoada por la señora Rosa del Amparo Caballero Caballero contra el municipio de Soledad (Atlántico), conforme a lo expuesto en la parte motiva

2º. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de la fecha.

CARMELO PERDOMO CUÉTER

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Solo fue objeto de impugnación el numeral 3 de la sentencia de primera instancia que dispuso denegar las pretensiones de la demanda.
2. *«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo».*
3. *«Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras».*
4. *«Sobre auxilio de cesantía».*
5. *«Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones».*
6. *«Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones».*
7. *«Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia».*

8. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, expediente 08001-23-31-000-2011-00742-01 (1718-2015), actora: Adalgiza Monterrosa Chávez, demandado: municipio de Soledad (Atlántico), C. P. César Palomino Cortés.

9. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, expediente 08001-23-31-000-2011-90768-01 (3342-2014), actor: Alfonso López Baca, demandado: municipio de Soledad (Atlántico), C. P. Gabriel Valbuena Hernández.

10. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 8 de junio de 2006, Radicación número: 15001-23-31-000-2000-02249-01(8593-05), Actor: Ana Nemira Bernal Avila, C.P. Alejandro Ordoñez Maldonado.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 07:04:30