

AUXILIO DE CESANTIA – Régimen aplicable a empleados públicos territoriales / EMPLEADO PUBLICO TERRITORIAL – Régimen de cesantía

La Ley 344 de 27 de diciembre de 1996, en el artículo 13 dispuso que a partir de su publicación, las personas que se vinculen a las entidades del Estado, tendrían un régimen anualizado de cesantías, en virtud del cual, la liquidación definitiva de las mismas debe realizarse el 31 de diciembre de cada año. Posteriormente, se expidió el Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998, reglamentario de la anterior, que hizo extensivo el régimen anualizado de cesantías para los empleados públicos de nivel territorial, y dispuso que el régimen de los vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se hubieran afiliado a un fondo de cesantías, sería el establecido en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990. En el caso de aquellos que se hubieran vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad y que decidieran acogerse al previsto en dicha Ley, se estableció el siguiente procedimiento: “(...) a) *La entidad pública realizará la liquidación definitiva de las cesantías a la fecha de la solicitud de traslado;* b) *La entidad pública entregará el valor de la liquidación a la administradora seleccionada por el trabajador;* c) *En lugar de entregar dicha suma de dinero, las entidades territoriales podrán emitir a favor de cada uno de los servidores públicos que se acojan a este régimen, un título de deuda pública por el valor de la liquidación de las cesantías, con las características que se señalan más adelante, previo el cumplimiento de los trámites legales necesarios para su expedición. (...)*” Por su parte, el Decreto 1252 de 30 de junio de 2000, en el artículo 2º, conservó el régimen de cesantías retroactivas para los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000 lo venían disfrutando, hasta la terminación de la vinculación laboral con la entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional. En el mismo sentido, el Decreto 1919 de 27 de agosto de 2002, que extendió el régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional a los servidores del orden territorial, en el artículo 3º previó: “*Los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000.*”

FUENTE FORMAL: LEY 344 DE 1996 / LEY 50 DE 1990 / DECRETO 1919 DE 2002 / DECRETO 1252 DE 2000

REGIMEN RETROACTIVA – Traslado a régimen anualizado / TRASLADO REGIMEN DE CESANTIA – Requisitos / CAMBIO DE REGIMEN – El empleado público debe manifestar expresamente a la administración / MANIFESTACION EXPRESA PARA CAMBIO DE REGIMEN – Si no es así solo implica cambio de administrador

Así las cosas, y como quiera que el Decreto 1582 de 1998 prevé que el régimen contemplado en la Ley 344 de 1996, es para los servidores vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, y además que su aplicación para quienes se vincularon con anterioridad a esta fecha solo opera para aquellos que decidan acogerse al mismo, debe precisarse que para que opere 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 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 recursos.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1582 DE 1998 / LEY 344 DE 1996

SANCION MORATORIA – No procede a los empleados públicos que sean beneficiarios régimen retroactivo de cesantía / EMPLEADO EN REGIMEN RETROACTIVO – Afiliación al régimen anualizado / AFILIACION AL REGIMEN ANUALIZADO – No conlleva el cambio de régimen del retroactivo al anualizado

De las pruebas aportadas, se infiere que la demandante es beneficiaria del régimen retroactivo de cesantías previsto por la Ley 6ª de 1945 y demás normas complementarias, toda vez que su vinculación laboral se dio antes de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, y examinado el expediente, no existe prueba alguna de que haya manifestado su deseo de optar por el régimen anualizado, ni que haya adelantado alguno de los trámites subsiguientes exigidos por el Decreto 1582 de 1998 para su traslado, además, el mencionado Decreto no prevé la posibilidad de un cambio tácito de régimen, por cuanto esta es una actuación voluntaria del servidor. Adicionalmente, debe precisarse que si bien los documentos allegados al plenario prueban que la demandante se afilió a un fondo de cesantías privado el día 15 de noviembre de 2000, ese solo hecho no conlleva el cambio de régimen del retroactivo al anualizado, pues como antes se dijo, el mismo Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998, en el artículo 2º, prevé la posibilidad de que las entidades administradoras de cesantías administren en cuentas individuales, los recursos destinados al pago de cesantías de los servidores públicos del orden territorial cobijados por el régimen de retroactividad, tal y como lo concluyó el *A quo*. En consecuencia, para que opere el cambio de régimen retroactivo de cesantías al anualizado del servidor territorial vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, es preciso que le manifieste expresamente a la administración dicha determinación, de no ser así, su afiliación a un fondo creado en virtud de la Ley 50 de 1990 tan solo implica el cambio de administrador de dichos recursos, como en efecto ocurrió en el caso *sub júdice*.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1582 DE 1998 / LEY 344 DE 1996

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ

Bogotá, D. C., once (11) de febrero de dos 2016. SE007

Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00752-01(1528-14)

Actor: ROSA ANTONIA ALTAMAR GARCÍA.

Demandado: MUNICIPIO DE SOLEDAD – ATLÁNTICO.

Referencia: Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho– Decreto 01 de 2 de

enero de 1984 – CCA.

Asunto: Sentencia de segunda instancia - Sanción moratoria.

La Sala conoce del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 14 de junio de 2013 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó las pretensiones de la demanda presentada por la señora Rosa Antonia Altamar García contra el Municipio de Soledad Atlántico.

ANTECEDENTES

La señora Rosa Antonia Altamar García por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó al Municipio de Soledad - Atlántico.

Pretensiones

1. Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio S.T.H. 990.10 de fecha 24 de noviembre del año 2010, por medio del cual el Municipio de Soledad negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996 y la Ley 50 de 28 de diciembre de 1990.
2. A título de restablecimiento del derecho, se condene al Municipio de Soledad Atlántico, al pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías correspondientes a las vigencias 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008.
3. Se ordene el ajuste de las cantidades líquidas de dinero que resulten de la condena.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

1. La señora Rosa Antonia Altamar García se encuentra vinculada al Municipio de Soledad – Atlántico como Auxiliar en Salud, Código 412, grado 02, adscrito a la Planta Global de la Administración Central de Soledad desde el 1 de septiembre del año 1992. A la fecha de presentación de la demanda continúa desempeñándose en dicho cargo.
2. La demandante se afilió al Fondo de Cesantías de COLFONDOS a partir del 15 de noviembre de 2006.

3. El Municipio de Soledad – Atlántico no realizó la consignación del auxilio de cesantías correspondiente a los años 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008 a que tenía derecho la actora, dentro del plazo establecido por la ley para el régimen anualizado, es decir, hasta el 14 de febrero del año siguiente a su causación.

4. El 21 de octubre de 2010, la señora Rosa Antonia Altamar García radicó reclamación administrativa ante la Alcaldía Municipal de Soledad con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de los auxilios de cesantías anualizados, en los términos de la Ley 344 de 1996.

5. Mediante oficio nº S.T.H. de 24 de noviembre de 2010, el Municipio de Soledad negó el reconocimiento de la sanción moratoria pretendida por la señora Rosa Antonia Altamar García.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 13, 29, 53 y 209 de la Constitución Política; 85, 137 a 139 del Código Contencioso Administrativo; 13 de la Ley 344 de 1996; 1 del Decreto 1582 de 1998; 99 numeral 3º de la Ley 50 de 1990; 21 y siguientes del Decreto 1063 de 1991; 20 numeral 3º del Código de Procedimiento Civil.

Como concepto de violación expuso la demandante que con la expedición de los actos demandados se vulneró el principio de la irrenunciabilidad a los derechos mínimos laborales consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política; el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, norma que dispuso que las personas que se vinculen a las entidades del Estado tendrían el régimen de cesantías anualizadas, y el Decreto Reglamentario 1582 de 1998, según el cual la liquidación y pago de dicho auxilio para los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir de 1996 que se afilien a los fondos privados sería el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás concordantes de la Ley 50 de 1990.

Explicó que al no efectuarse oportunamente la consignación de las cesantías en el respectivo fondo, esto es, el 14 de febrero del año siguiente a su causación, la administración incurrió en una conducta omisiva que desconoce los derechos del trabajador.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Municipio de Soledad – Atlántico a través de apoderado se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que éstas carecen de fundamentos de hecho y de derecho.

La anterior afirmación la sustentó bajo la premisa de que la sanción moratoria no constituye un derecho laboral cierto e indiscutible y que su exigibilidad está condicionada a la concurrencia de diversos factores oponibles al Ente Territorial que están debidamente demostrados en el proceso.

Formuló las siguientes excepciones: i) ineptitud de la demanda por indebido agotamiento de vía gubernativa; ii) imposibilidad de cancelar indemnización moratoria debido a que dichas acreencias no fueron presentadas en el contexto de la admisión a la promoción de un acuerdo de reestructuración de pasivos – Ley 550 de 1999; iii) ausencia probatoria respecto a si la señora Rosa Antonia Altamar García manifestó acogerse al régimen de la Ley 344 de 1996; y v) prescripción.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Rosa Antonia Altamar García (fls. 84 a 90)

El apoderado de la demandante, indicó que en el proceso se demostró que a la servidora la cobija el régimen establecido en la Ley 344 de 1996 y que por consiguiente el empleador está en la obligación de liquidar las cesantías a más tardar el 31 de diciembre de cada año, para posteriormente consignarlas en el respectivo Fondo -escogido por el trabajador- a más tardar el 15 de febrero del año siguiente.

Sostuvo que como quiera que el Municipio de Soledad no consignó oportunamente las cesantías correspondientes a los años 2000 a 2008 (inclusive), hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria pretendida por la demandante.

Adicionalmente señaló que cuando presentó la solicitud ante la administración, recibió una respuesta desfavorable, sin una sustentación jurídica seria, además de que no se le dio la oportunidad de interponer los recursos en vía gubernativa, motivo por el cual optó por acudir a la jurisdicción.

Seguidamente, se opuso a las excepciones propuestas en la contestación de la

demanda.

Municipio de Soledad – Atlántico (fls. 139- 150)

La parte demandada insistió en que no le asiste razón alguna a la demandante en consideración a que la sanción moratoria no es un derecho laboral cierto e indiscutible y para el caso en concreto no es exigible toda vez que la servidora se encuentra vinculada al régimen retroactivo y no al régimen anualizado previsto en la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998.

Agregó que debe declararse probada la excepción de ineptitud de la demanda por indebido agotamiento de la vía gubernativa en consideración a que el interesado presentó la reclamación administrativa para interrumpir el fenómeno de prescripción.

Reiteró los demás argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Atlántico a través de sentencia de 14 de junio de 2013, negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, se pronunció sobre las excepciones propuestas por la demandada y al respecto indicó, que la de indebido agotamiento de la vía gubernativa no tenía vocación de prosperidad, y frente a las demás estimó que debían estudiarse junto con el fondo del asunto.

Seguidamente, hizo referencia a las normas que regulan los regímenes de cesantías aplicables a los empleados públicos del orden territorial y aclaró que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el solo hecho de afiliarse a una entidad administradora de cesantías no implica que la persona pierda el régimen de retroactividad, si era beneficiaria del mismo, pues el único medio idóneo para trasladarse al régimen anualizado, es la comunicación que en ese sentido radique el trabajador ante la entidad.

Señaló que de conformidad con las pruebas aportadas al proceso, la actora se vinculó a la Alcaldía Municipal de Soledad desde el 10 de septiembre de 1992 y se

afilió al Fondo de Cesantías Colfondos a partir del 15 de noviembre de 2000, no obstante, no se aportó documento alguno a través del cual la demandante hubiera manifestado que se acogía al régimen anualizado, motivo por el cual se entiende que conservó el régimen de cesantías retroactivo.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal concluyó que no es posible aplicar a la actora el régimen previsto en la Ley 50 de 1990, en atención a que esta no acreditó haber manifestado su voluntad de acogerse al régimen anualizado de cesantías.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

El apoderado de la señora Rosa Antonia Altamar Garcia, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el que fundamentó en lo siguiente:

En el expediente se demostró que la demandante se encuentra afiliada a un fondo de cesantías desde el año 2000, pues así lo certificó Colfondos, y que la sanción moratoria que reclama corresponde a los auxilios de cesantías de los años 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008, los cuales como se probó no fueron cancelados oportunamente por la entidad territorial demandada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Sólo intervino la parte actora (fls. 205 a 208) quien insistió en el argumento expuesto en el recurso de apelación, y agregó que en el acápite de pruebas se aportó certificación emanada y firmada por el representante de servicio de Colfondos que demuestra que ella se encuentra afiliada a dicho Fondo desde el 15 de noviembre del año 2000. Reiteró que las vigencias que se reclaman son las correspondientes a los años 2000 a 2008, es decir, a partir de la fecha en la cual se encontraba afiliada al fondo privado y cobijada por el nuevo régimen.

CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado, solicitó revocar la sentencia apelada, y en su lugar ordenar el reconocimiento de la sanción

moratoria por el retardo en el pago de las cesantías a partir del año 2007 y decretar la prescripción desde el 21 de octubre de 2007 hacia atrás.

Lo anterior en consideración a que la demandante se afilió a COLFONDOS desde el 15 de noviembre del 2000, y en tal virtud era beneficiaria del régimen anualizado. Por consiguiente, el ente territorial debió consignar el auxilio de cesantías dentro de los 14 primeros días de cada año y al no hacerlo, debe reconocer y pagar la sanción moratoria a partir del año 2007 ya que respecto de las vigencias correspondientes a los años 2000 a 2006, se produjo la prescripción trienal, como quiera que la señora Altamar García elevó la petición ante la administración hasta el 21 de octubre de 2010.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en esta instancia, se resume en las siguientes preguntas:

¿Cuál es el régimen de cesantías aplicable a la demandante?, ¿Es el establecido por la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996 o el previsto por las normas anteriores a ella?

¿Cuál o cuáles son los requisitos legales para que el trabajador pueda cambiarse o trasladarse del régimen retroactivo de cesantías al régimen anualizado?

Primer y Segundo problema jurídico

A efectos de resolver los problemas jurídicos planteados, la Subsección abordará el estudio de los siguientes temas: i) régimen de cesantías aplicable a los empleados públicos territoriales; ii) requisitos para el traslado de régimen retroactivo al anualizado de cesantías, y iii) régimen de cesantías de la actora.

Régimen de cesantías aplicable a los empleados públicos territoriales

La Ley 6ª de 1945, en el artículo 17, dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, gozarían, entre otras prestaciones, de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio,

para lo cual solamente se tendría en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942¹.

Mediante Decreto 2767 de 1945 se determinaron las prestaciones sociales de los empleados departamentales y municipales, y el artículo 1º les hizo extensivas las prestaciones consagradas por el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, lo cual incluyó el auxilio de cesantías². Y en el artículo 6º se señalaron las situaciones que se tendrían como despido para efectos de la liquidación del auxilio.

Por su parte, la Ley 65 de 20 de diciembre de 1946 modificó las disposiciones sobre cesantías y en el artículo 1º extendió dicho beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios, y el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946 dictó normas sobre prestaciones a favor de los empleados oficiales, y definió los parámetros para la liquidación de las cesantías³.

Posteriormente, el Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947 estableció el mismo derecho para los empleados al servicio de la Nación de cualquiera de las ramas del poder público, sin importar si se encontraban inscritos en carrera administrativa o no, y sea cual fuere la causa de su retiro.

A su vez, la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996, en el artículo 13 dispuso que a partir de su publicación, las personas que se vinculen a las entidades del Estado, tendrían un régimen anualizado de cesantías, en virtud del cual, la liquidación definitiva de las mismas debe realizarse el 31 de diciembre de cada año.

Posteriormente, se expidió el Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998, reglamentario de la anterior, que hizo extensivo el régimen anualizado de cesantías para los empleados públicos de nivel territorial, y dispuso que el régimen de los vinculados

¹ *ARTICULO 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:*

a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1o. de enero de 1942. (...)

² *“Artículo 1º. Con las solas excepciones previstas en el presente decreto, los empleados y obreros al servicio de un Departamento, Intendencia, Comisaría o Municipio tiene derecho a la totalidad de las prestaciones señaladas en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, y el artículo 11 del Decreto 1600 del mismo año para los empleados y obreros de la Nación. A la entidad que alegue estar comprendida en uno de los casos de excepción, de corresponderá probarlo.”*

³ *El auxilio de cesantía a que tengan derecho los empleados y obreros al servicio de la Nación, los Departamentos y los Municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce meses.*

a partir del 31 de diciembre de 1996 que se hubieren afiliado a un fondo de cesantías, sería el establecido en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990.

En el caso de aquellos que se hubieran vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad y que decidieran acogerse al previsto en dicha Ley, se estableció el siguiente procedimiento:

“(…)

a) *La entidad pública realizará la liquidación definitiva de las cesantías a la fecha de la solicitud de traslado;*

b) *La entidad pública entregará el valor de la liquidación a la administradora seleccionada por el trabajador;*

c) *En lugar de entregar dicha suma de dinero, las entidades territoriales podrán emitir a favor de cada uno de los servidores públicos que se acojan a este régimen, un título de deuda pública por el valor de la liquidación de las cesantías, con las características que se señalan más adelante, previo el cumplimiento de los trámites legales necesarios para su expedición.*

(…)”

Por su parte, el Decreto 1252 de 30 de junio de 2000, en el artículo 2º, conservó el régimen de cesantías retroactivas para los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000 lo venían disfrutando, hasta la terminación de la vinculación laboral con la entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional.

En el mismo sentido, el Decreto 1919 de 27 de agosto de 2002, que extendió el régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional a los servidores del orden territorial, en el artículo 3º previó: “*Los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000.*”

2. Requisitos para el traslado de régimen retroactivo al anualizado de cesantías

En primer término debe precisarse que el solo 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 administren en cuentas individuales, los recursos destinados al pago de cesantías de los servidores públicos del orden territorial cobijados por el régimen de retroactividad, así lo señala la norma en cita:

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

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

Así las cosas, y como quiera que el Decreto 1582 de 1998 prevé que el régimen contemplado en la Ley 344 de 1996, es para los servidores vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, y además que su aplicación para quienes se vincularon con anterioridad a esta fecha solo opera para aquellos que decidan acogerse al mismo, debe precisarse que para que opere 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 determinación⁴. 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.

El régimen de cesantías de la demandante.

En el presente caso, a folio 16 del expediente, el Secretario de Talento Humano del Municipio de Soledad, certificó que la señora Rosa Altamar García labora en la Alcaldía Municipal de Soledad en el cargo denominado Auxiliar en Salud, Código 412, Grado 02, adscrito a la Planta Global de la Administración Central de Soledad desde el 10 de septiembre del año 1992.

Por su parte la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A. certificó que la demandante se encuentra afiliada a Colfondos desde el 15 de noviembre del año 2000 (f. 30)

De las pruebas aportadas, se infiere que la demandante es beneficiaria del régimen retroactivo de cesantías previsto por la Ley 6ª de 1945 y demás normas complementarias, toda vez que su vinculación laboral se dio antes de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, y examinado el expediente, no existe prueba alguna de que haya manifestado su deseo de optar por el régimen anualizado, ni que haya adelantado alguno de los trámites subsiguientes exigidos por el Decreto 1582 de 1998 para su traslado, además, el mencionado Decreto no prevé la posibilidad de un cambio tácito de régimen, por cuanto esta es una actuación voluntaria del servidor⁵.

⁴ 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.: Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de 9 de julio de 2009, Radicación número: 760012331000200203287-01 (1489-01), Actor: *Marta Cecilia De Fátima Jaramillo Mejía*, C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

Adicionalmente, debe precisarse que si bien los documentos allegados al plenario prueban que la demandante se afilió a un fondo de cesantías privado el día 15 de noviembre de 2000, ese solo hecho no conlleva el cambio de régimen del retroactivo al anualizado, pues como antes se dijo, el mismo Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998, en el artículo 2º, prevé la posibilidad de que las entidades administradoras de cesantías administren en cuentas individuales, los recursos destinados al pago de cesantías de los servidores públicos del orden territorial cobijados por el régimen de retroactividad, tal y como lo concluyó el *A quo*.

En consecuencia, para que opere el cambio de régimen retroactivo de cesantías al anualizado del servidor territorial vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, es preciso que le manifieste expresamente a la administración dicha determinación, de no ser así, su afiliación a un fondo creado en virtud de la Ley 50 de 1990 tan solo implica el cambio de administrador de dichos recursos, como en efecto ocurrió en el caso *sub júdice*.

En conclusión

Para la Sala resulta claro que la demandante es beneficiaria del régimen retroactivo de cesantías, en los términos de la Ley 6º de 1945 y demás normas complementarias, pues no manifestó que su voluntad fuera la de trasladarse de régimen y en consecuencia, no es viable el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías, pues este es propio del régimen de cesantía anualizada.

Decisión de segunda instancia.

Por lo expuesto la Sala considera que se impone confirmar la sentencia de primera instancia, proferida el 14 de junio de 2013 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que denegó las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección “A” administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia proferida el catorce (14) de junio de dos mil catorce (2014) por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en el proceso que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora Rosa Antonia Altamar García contra el Municipio de Soledad – Atlántico, por medio de la cual denegó las pretensiones de la demanda.

Segundo: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO