



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 08001-23-33-000-2015-90086-01 (3007-2019)
Demandante: MELQUIADES ELÍAS ROA SOLANO
Demandado: MUNICIPIO DE SOLEDAD (ATLÁNTICO).

Tema: Improcedencia de la sanción por mora en el sistema de liquidación retroactivo de cesantías. Afiliación al Fondo Nacional del Ahorro. Ley 1437 de 2011.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala de Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 12 de octubre de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó las pretensiones de la demanda.



I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones¹.

El señor Melquiades Elías Roa Lozano, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011², solicitó declarar la nulidad del acto producto del silencio administrativo negativo que surgió con ocasión de la petición de 11 de noviembre de 2014 en la que solicitó el pago de la sanción moratoria por el pago parcial de las cesantías correspondientes a los años 2003 a 2010.

¹ Folios 2 y 3 del expediente.

² Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso, en adelante CPACA.



Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho reclamó condenar al municipio de Soledad (Atlántico) a:

- i) Reconocer la sanción moratoria por el pago parcial de las cesantías causadas entre los años 2003 a 2010.
- ii) Cancelar intereses moratorios y corrientes.
- iii) Indexar las sumas adeudadas.
- iv) Reparar integralmente los perjuicios de acuerdo a lo estipulado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.
- v) Dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

1.2. Hechos relevantes³.

El apoderado del demandante señaló como fundamentos fácticos de la demanda, los siguientes:

1. El señor Melquiades Roa Solano presta sus servicios en el Municipio de Soledad (Atlántico), en el cargo de auxiliar administrativo de la Secretaría de Educación.
2. El 11 de noviembre de 2014 solicitó a la entidad territorial el reconocimiento y pago de una sanción moratoria por el pago incompleto de las cesantías causadas durante los años 2003 a 2010.
3. El ciudadano no obtuvo respuesta de la referida petición.

1.3. Disposiciones violadas y concepto de violación⁴.

Se invocó en la demanda la violación de disposiciones de orden constitucional y legal, a saber: artículos 1º, 13, 29, 53, 80, 90, 209 y 211 de la Constitución Política de 1991: 99, 102 y 104 de la Ley

³ Folios 1 y 2 del expediente.

⁴ Folios 3-5, *ibidem*.





50 de 1990; 13 de la Ley 1285 de 2009; 138, 152, 162 y 166 del CPACA; la Ley 344 de 1996; el Decreto 1582 de 1998 y el Decreto Reglamentario 1716 de 2009.

Al desarrollar el concepto de violación explicó que la entidad demandada incurrió en mora por el pago parcial del auxilio de cesantías causado desde el 14 de febrero de 2014 y hasta la verificación del pago efectivo de los valores reconocidos mediante la Resolución 0423 de 2014, por lo tanto, es procedente el pago de la sanción moratoria generada por la cancelación incompleta de la prestación social de los años 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010.

Igualmente, enfatizó en que es claro el desconocimiento de las disposiciones constitucionales y legales, así como de las pautas jurisprudenciales sobre la sanción moratoria, por lo cual fueron vulnerados derechos adquiridos.

1.4. Contestación de la demanda.

El municipio de Soledad (Atlántico)⁵, se opuso a las pretensiones de la demanda por considerar que carecen de fundamentos fácticos y legales, para tal efecto, sostuvo que el demandante pertenece al sistema de liquidación consagrado en la Ley 432 de 1998, dado lo anterior, no es posible reconocer la sanción moratoria derivada de la mora en el pago del auxilio de cesantías.

Por último, formuló las siguientes excepciones: i) falta de causa para pedir; ii) inobservancia al principio procesal de la carga de la prueba; iii) indebida acumulación de pretensiones; iv) falta de competencia y v) buena fe.

1.5. Trámite procesal.

A través de providencia de 14 de mayo de 2015⁶, el Tribunal Administrativo del Atlántico admitió la demanda de la referencia y ordenó la notificación a la institución pública demandada.

⁵ Folios 24 y 25 del expediente.

⁶ Folio 51, *ibidem*.





Por auto de 21 de octubre de 2015 se fijó como fecha para la audiencia inicial el día 20 de noviembre del mismo año.

El magistrado ponente surtió las siguientes etapas: **i)** declaró saneado el proceso; **ii)** resolvió desfavorablemente la excepción de falta de competencia⁷ y **iii) fijó el litigio**⁸ en los siguientes términos:

«determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en la Ley 344 de 1996, causada por la falta de consignación de la totalidad de las cesantías al fondo administrador al que se encontraba afiliado el actor, correspondiente a los años 2003 a 2010»

Los sujetos procesales intervinientes estuvieron de acuerdo con la fijación del litigio.

Posteriormente, se decretaron como medios probatorios las documentales aportadas por las partes, además se decretó la prueba documental solicitada por el demandante, en consecuencia, se requirió al municipio de Soledad (Atlántico) y al Fondo Nacional del Ahorro para que certificaran el día de afiliación del interesado, los montos pagados por el auxilio de cesantías de los años 2003 a 2010, las fechas de consignación de la prestación social y la vigencia del vínculo laboral.



Por lo tanto, una vez fueron allegadas las certificaciones, mediante providencia dictada el 23 de julio de 2018⁹ se corrió traslado a los interesados de los mentados escritos.

Seguidamente, se prescindió de la audiencia de juzgamiento, por lo que se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión de manera escrita.

1.6. La sentencia de primera instancia¹⁰.

⁷ El directo del proceso manifestó que los argumentos de la excepción denominada como indebida acumulación de pretensiones realmente eran ideas sobre el mecanismo exceptivo de pago de lo no debido, por lo que su estudio corresponde a la etapa de fallo.

⁸ Acta de audiencia visible en los folios 78 a 81 del expediente.

⁹ Folio 98, *ibidem*.

¹⁰ Folios 163-173, *ibidem*.



El Tribunal Administrativo del Atlántico mediante sentencia proferida el 12 de octubre de 2018 negó las pretensiones del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en ese sentido, señaló que el demandante está afiliado en el Fondo Nacional del Ahorro y su vinculación en la entidad territorial se produjo el 5 de mayo de 1993, así las cosas, es improcedente reconocer la sanción moratoria a las personas afiliadas en el precitado fondo público de cesantías.

Finalmente, no condenó en costas a la parte demandante toda vez que no fueron causadas éstas.

1.7. El recurso de apelación¹¹.

El apoderado del señor Melquiades Elías Roa Solano presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, en consecuencia destacó tres aspectos, a saber: i) la calidad de servidor público acaeció con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996 y del Decreto 1582 de 1998; ii) ha estado vinculado a un fondo de cesantías y iii) la prestación social no fue pagada en los términos descritos por la Ley.



1.8. Trámite en segunda instancia.

Por autos del 5 de julio de 2019¹² y 16 de agosto del mismo año¹³, el ponente admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al agente del ministerio público para conceptuar en segunda instancia, respectivamente.

La parte demandada¹⁴, manifestó que el régimen de cesantías aplicable a el demandante es el retroactivo, dado que inició a laborar el 5 de mayo de 1993, esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, en consecuencia, no tiene

¹¹ Folios 185-194 del expediente.

¹² Folio 235, *ibidem*.

¹³ Folio 241, *ibidem*.

¹⁴ Folios 250-263, *ibidem*.



derecho a el reconocimiento y pago de la sanción moratoria pretendida.

No obstante, el señor Melquiades Elías Rosa Solano, así como el procurador tercero delegado ante el Consejo de Estado, guardaron silencio en esta etapa procesal y se abstuvieron de allegar escrito de alegatos y concepto, respectivamente¹⁵.

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

Asimismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, la competencia del juez de segunda instancia está circunscrita a los argumentos expuestos por el apelante. No obstante, en caso de que ambas partes hayan apelado la sentencia, el superior resolverá sin limitaciones.

En el presente caso, la parte demandante presentó recurso de apelación, razón por la cual, la competencia de la Sala de Subsección se encuentra limitada a los argumentos expuestos por el apelante único.

2. Problema jurídico.

De acuerdo con los argumentos expuestos por el apelante, la Sala debe determinar si el señor Melquiades Elías Roa Lozano tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria producto de la inoportuna consignación de las cesantías causadas durante los



¹⁵ Así lo indica el informe secretarial visto a folio 264 del expediente.



años 2003 a 2010, en el Fondo Nacional del Ahorro al que se encuentra afiliado.

Para resolver lo anterior, la Sala desarrollará el siguiente orden metodológico: **i)** régimen de cesantías de los empleados públicos; **ii)** análisis de la Sala; **iii)** decisión en segunda instancia y **iv)** condena en costas.

3. Régimen de cesantías de los empleados públicos.

La Ley 6ª de 1945, en el artículo 17, determinó 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 1 de enero de 1942.¹⁶

Mediante el artículo 1º del **Decreto 2767 de 1945** se extendieron la totalidad de las prestaciones sociales previstas en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 a los empleados de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios, lo que incluyó el auxilio de cesantías.¹⁷



Posteriormente, mediante la **Ley 65 de 20 de 1946**, se modificaron las disposiciones sobre cesantías, beneficios que también fueron extendidos a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios y así, el **Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946** fijó los parámetros para su liquidación¹⁸; y el **Decreto 1160 de**

¹⁶ «**Artículo 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. [...]»

¹⁷ «Artículo 1.º 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.»

¹⁸ 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 este fuera menor de doce meses.



28 de marzo de 1947 previó que tendría derecho a dicho auxilio, el empleado inscrito o no en carrera administrativa, sea cual fuere la causa de su retiro, aclarando 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.

De lo anterior, **se establece que este régimen de cesantías era de carácter retroactivo, por cuanto para su liquidación se tenía en cuenta todo el tiempo de servicio y el último salario devengado.**

Por otra parte, la **Ley 50 de 1990** cambió el régimen de cesantías en el sector privado al anualizado, cuyas características fueron explicadas en su artículo 99 de la siguiente manera:

«**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. [...]»

A su vez, el artículo 13 de la **Ley 344 de 1996**¹⁹, extendió el régimen de cesantías fijado en la Ley 50 de 1990 a los servidores públicos vinculados con posterioridad a su entrada en vigencia (31 de diciembre de 1996), en virtud del cual, la liquidación definitiva debía realizarse el 31 de diciembre de cada año.

Posteriormente, se expidió el **Decreto 1582 de 1998**²⁰ que amplió el régimen de cesantías de que trata la Ley 50 de 1990 (anualizado) a los servidores públicos del orden territorial, así:

¹⁹ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones».





«**Artículo 1º.** El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial 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 5º 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 vigencia (31 de diciembre de 1996), incluidos los del nivel territorial.

Sin embargo, para aquellos servidores con vinculación anterior a la Ley 344 de 1996 y beneficiarios del régimen retroactivo, el Decreto 1582 de 1998, les concedió la posibilidad de acogerse u optar por el régimen anualizado de cesantías, previa solicitud, liquidación total de la prestación y entrega del emolumento al fondo de su elección, tal como lo previó en su artículo 3º.

Lo anterior, fue acogido por esta Corporación, que en **sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016**²¹, en la cual se argumentó:

«[...] En ese orden, se puede decir que los empleados que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, están cobijados por el régimen anualizado de liquidación de cesantías, al igual que los vinculados con anterioridad pero que se hubieran acogido al régimen anualizado, y para efecto de la liquidación y pago de esa prestación se rigen por lo que en esa materia consagra la Ley 50 de 1990 y normas concordantes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998.[...]»

4. Análisis de la Sala.

La Corporación tendrá en cuenta el acervo probatorio obrante en el proceso, cuya presunción de autenticidad no fue objetada por las

²⁰ «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».

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de 25 de agosto de 2016. Radicación 8001-23-31-000-2011-00628-01(0528-2014) CE-SUJ2-004-16.





partes, el cual le permite tener por acreditados los siguientes hechos:

- i)

El señor Melquiades Elías Roa Solano presta sus servicios como personal administrativo adscrito a la Secretaría de Educación del municipio de Soledad (Atlántico), cargo en el que fue designado por Decreto 235 de 2 de diciembre de 1992 y del cual tomó posesión el 5 de mayo de 1993²².
- ii)

Mediante la Resolución 0464 de 31 de julio de 2014²³, la entidad territorial ordenó el reconocimiento y pago de valores retroactivos por concepto de homologación y nivelación salarial del personal educativo.
- iii)

De acuerdo con la respuesta enviada por el Fondo Nacional del Ahorro²⁴, se consolidaron aportes de cesantías por parte de la Secretaría de Educación del municipio de Soledad (Atlántico), registrada desde 1999. Igualmente, allegó el extracto individual correspondiente a las vigencias fiscales 1999 a 2016²⁵ en las cuantías y fechas señaladas en el mismo, «en los cuales se puede evidenciar en detalle el movimiento de las mismas, como consolidación, pago intereses, pago del factor de protección, retiros [...] y traslado de vigencias anteriores.»



De acuerdo con el extracto adosado por el FNA se observa lo siguiente respecto al pago de las cesantías:

FECHA	DESCRIPCIÓN	AÑO REPORTE	ABONO	RETIRO
03/20/2007	CONSOLIDACION CESANTIAS	2003	400.096	
03/20/2007	PAGO DE INTERESES	2003	14.704	
04/16/2007	CONSOLIDACION CESANTIAS	2004	460.460	
04/16/2007	PAGO DE INTERESES	2004	16.359	
05/12/2007	CONSOLIDACION CESANTIAS	2005	734.930	

²² Certificación expedida el 4 de febrero de 2015 por la Secretaría de Educación del municipio de Soledad (Atlántico), visible en el folio 13 del expediente.

²³ Folios 14-19, *ibidem*.

²⁴ Folio 171, *ibidem*.

²⁵ Folios 176 a 193, *ibidem*.



05/12/2007	PAGO DE INTERESES	2005	22.763	
08/22/2008	CONSOLIDACION CESANTIAS	2006	561.168	
08/22/2008	PAGO DE INTERESES	2006	15.370	
12/18/2008	CONSOLIDACION CESANTIAS	2007	587.376	
12/18/2008	PAGO DE INTERESES	2007	19.599	
12/18/2008	ABONO CREDITO HIPOTECARIO (DICIEMBRE)	2008		606.975
12/18/2008	ABONO CREDITO HIPOTECARIO (DICIEMBRE)	2008		49.762
06/24/2010	TRASLADO DE VIGENCIAS ANTERIORES (JUNIO)	2010	1.124.529	
04/25/2011	CONSOLIDACION CESANTIAS	2010	1.204.603	
04/25/2011	PAGO DE INTERESES	2010	19.205	
04/25/2011	ABONO CREDITO HIPOTECARIO (ABRIL)	2011		1.223.810
03/16/2012	CONSOLIDACION CESANTIAS	2011	1.555.660	
03/16/2012	PAGO DE INTERESES	2011	35.578	
03/16/2012	ABONO CREDITO HIPOTECARIO (MARZO)	2012		1.591.238
03/16/2012	ABONO CREDITO HIPOTECARIO (MARZO)	2012		21.973
03/04/2013	CONSOLIDACION CESANTIAS	2012	1.590.861	
03/04/2013	PAGO DE INTERESES	2012	26.829	
04/30/2014	CONSOLIDACION CESANTIAS	2013	1.473.135	
04/30/2014	PAGO DE INTERESES	2013	18.576	
03/18/2015	CONSOLIDACION CESANTIAS	2014	1.492.084	
03/18/2015	PAGO DE INTERESES	2014	29.640	
03/08/2015	TRASLADO DE VIGENCIAS ANTERIORES (AGOSTO)	2015		1.534.607
03/08/2015	ABONO CREDITO HIPOTECARIO (MARZO)	2015	969.502	



iv) El 11 de noviembre de 2014²⁶, el demandante formuló reclamación ante el alcalde del municipio de Soledad (Atlántico), en la que solicitó el pago de la indemnización o sanción moratoria por el no giro oportuno de la totalidad de las cesantías correspondientes entre los años 2003 a 2010 en el fondo al cual se encuentra afiliado, de acuerdo con lo estipulado en la Ley 344 de 1996 ya que «dichas cesantías solamente fueron giradas en su totalidad y reconocidas las

²⁶ Folio 12 del expediente.



diferencias a través de la Resolución 0464 por medio de la cual se ordenó el reconocimiento y pago de valores retroactivos por concepto de homologación al personal administrativo del sector educativo [...]».

- v) La autoridad administrativa no se pronunció respecto de la solicitud incoada, por lo que se configuró el silencio administrativo ficto de que trata el artículo 83 del CPACA.

El asunto bajo estudio consiste en determinar si al señor Melquiades Elías Roa Lozano le asiste o no el derecho a que se reconozca una sanción moratoria por la inoportuna consignación del auxilio de cesantías causado durante los años 2003 a 2010, en el Fondo Nacional de Ahorro al que se encuentra afiliada.

El primer aspecto a abordar, es verificar el régimen de cesantías que cubija al demandante y de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente y que se mencionaron en párrafos anteriores, se observa que el ciudadano se vinculó como empleado público con anterioridad al año 1996, es desde el año lo que quiere decir que en principio era beneficiario del régimen retroactivo de cesantías, razón por la cual la liquidación de este auxilio procedía al finalizar el vínculo laboral.

No obstante, la entidad empleadora realizó las liquidaciones de manera anualizada y consignó los valores de esta operación en el Fondo Nacional del Ahorro en la respectiva cuenta individual del demandante.

Al respecto vale la pena precisar que, desde la posesión en el cargo en la entidad demandada, 5 de mayo de 1993, se cumplió bajo un régimen distinto, con la obligación de liquidación y pago del auxilio de cesantías, y que en ningún caso le fue negado el acceso a éste, pues recordemos que el señor Melquiades Elías Roa Lozano retiró sus cesantías durante el vínculo laboral.

No obstante, no se demostró que el demandante hubiese manifestado a su empleador la intención de trasladarse al régimen de cesantías anualizado, ello en atención a lo preceptuado en el





artículo 3º del Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998 que prevé la posibilidad a los servidores públicos vinculados antes de la vigencia de la Ley 344 de 1996, y que se encuentren en el régimen de retroactividad de solicitar el traslado a dicho sistema, para el cual se estableció el siguiente procedimiento:

«**Artículo 3º.** En el caso de servidores públicos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad, que decidan acogerse al régimen de cesantía de dicha ley, se procederá de la siguiente forma:

- 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) [...]»

Incluso, de acuerdo con el artículo 2º del mismo decreto, 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.²⁷

Ahora bien, pese a que es claro la afiliación y consignación del auxilio de cesantías en el Fondo Nacional del Ahorro, ello no demuestra el cambio del régimen por el que se encontraba amparado, este es, el de retroactividad, toda vez que para darse el cambio, el demandante debía manifestárselo a la entidad empleadora, para que esta a su vez siguiera el procedimiento anteriormente descrito, lo cual en el presente asunto no ocurrió. En ese orden se entiende que su régimen siguió siendo el retroactivo.

Sobre el particular, en reciente pronunciamiento esta Subsección²⁸ sostuvo:

²⁷ Sentencia de 20 de febrero de 2020 del Consejo de Estado-Sección Segunda. Rad: 08001233100020110074401(1836-2016).

²⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas Radicado: 23001-23-33-000-2014-00491-01(5280-18)





« En consideración a lo anterior se debe concluir que, al estar amparada por el régimen de retroactividad de cesantías, no tiene derecho al reconocimiento de la sanción por mora prevista en la Ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998, que, a su vez, remiten a la Ley 50 de 1990, toda vez que sus previsiones están limitadas a quienes se hubieren vinculado a la administración territorial con posterioridad a la primera de ellas o se hayan acogido a dicho régimen y, en el caso de la señora Albonis Estrada, su ingreso al servicio se produjo desde el año 1991, es decir, en forma previa a la entrada en vigencia de esa normativa.

Es necesario precisar, además, que con la documental aportada al expediente, no se comprobó que la demandante hubiera manifestado ante su empleador, la intención de trasladarse de régimen de cesantías, lo que impide considerar que se acogió al sistema de liquidación anual, lo que era imperativo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto 1582 de 1998.

Adicionalmente, verificadas las pruebas que obran en el expediente se pudo establecer que si bien la accionante está afiliada al fondo privado de cesantías BBVA Horizonte, desde el 17 de febrero de 2012, ello no constituye prueba del cambio del régimen que la amparaba en esa materia, pues para ese efecto era necesario que la señora Albonis Estrada hubiera aportado la manifestación de su voluntad escrita ante su empleador, en la que informara sobre su decisión de cambio de régimen, y no se considera suficiente la mera afiliación a un fondo administrador de cesantías, toda vez que la entidad debía conocer esa decisión, para proceder en la forma descrita en el artículo 3 del Decreto 1582 de 1998. Así lo ha considerado esta Corporación²⁹:

[...]

No sobra agregar que, en el escrito de apelación, la recurrente insistió en que está amparada por el régimen de liquidación anual del auxilio, en el entendido de que el municipio de San Andrés de Sotavento pagó una parte de su prestación -respecto de algunos años- bajo ese sistema y, por ello, se entiende que acogió su solicitud de someterse a él; sin embargo, tal argumento, se repite, no es de recibo, en cuanto en el expediente no está demostrado que la señora Albonis Estrada hubiera manifestado su voluntad en forma expresa, con ese propósito, y que la hubiera puesto en conocimiento de su empleador, tal como lo exige la ley³⁰ y según se ha definido por la jurisprudencia de esta Corporación.

[...]

Bajo los parámetros anteriores, se infiere que i) al no demostrarse que hubo una solicitud expresa de cambio de régimen; y ii) al no haber una liquidación de la prestación, por parte de la entidad, bajo el sistema de retroactividad y **derivada de una solicitud que en tal sentido, hubiera formulado el empleado**, en los términos del literal a) del artículo 3 del Decreto 1582 de 1998, se debe inferir que, en realidad, no se ha alterado el régimen que, en esa materia, ampara a la demandante desde el momento de su vinculación al servicio de la entidad.»

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicación 08001 23 31 000 2011 00585-01, número interno: 1435-14, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

³⁰ Artículo 3 del Decreto 1582 de 1998.





Por lo tanto, en el presente asunto no procede el reconocimiento de la sanción por mora en la consignación del auxilio de cesantías deprecada por el interesado, toda vez que no se encuentra en el régimen de liquidación anual, sino en el retroactivo, en igual forma, tampoco le asiste el derecho de obtener la precitada penalidad en la medida que esta tiene asidero en las diferencias derivadas por la tardanza en la cancelación de una diferencia de la prestación social, producto de la homologación y nivelación salarial ordenada a través de la Resolución 0464 de 31 de julio de 2014.

La Sala hace hincapié que en múltiples oportunidades se ha manifestado la improcedencia de la sanción moratoria por la consignación incompleta del auxilio de cesantías como consecuencia de las diferencias acaecidas por un reajuste del beneficio prestacional.

Al respecto, ha sido indicado lo siguiente:

«En efecto, la norma que consagra la sanción moratoria -Ley 50 de 1990, artículo 99, Ley 344 de 1996 y su decreto reglamentario- dispone que la aludida sanción procede en caso de que el empleador «incumpla el plazo señalado» para pagar «[e]l valor liquidado por concepto de cesantía» el cual comprende aquel que resulta de la liquidación con corte al 31 de diciembre de cada año, pero, en momento alguno, determina o fija un monto diferencial para el pago incompleto o de una porción de la prestación y, en segundo lugar, porque la Sala ha sostenido que en los casos en que ocurran diferencias de cesantías producto de reliquidación o reajuste de la prestación, no procede la sanción moratoria [...]».³¹



En tal sentido, la sanción moratoria reclamada por el señor Melquiades Elías Roa Solano no procede por la demora en el pago de las diferencias del auxilio de cesantías que habrían surgido producto de la homologación y nivelación salarial de la que fue beneficiario el ciudadano.

5. Decisión en segunda instancia.

Con fundamento en los argumentos señalados en los párrafos anteriores, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia proferida el 12 de octubre de 2018 por el Tribunal Administrativo

³¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 3 de febrero de 2022. Radicado: 08001-23-33-000-2015-90103-01 (3003-2019). CP Rafael Francisco Suárez Vargas.



del Atlántico que negó las pretensiones de la demanda, pero por las razones descritas en esta providencia.

6. Condena en costas.

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho³², los llamados en el CPACA gastos ordinarios del proceso³³ y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y de secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.

En atención con lo señalado en recientes providencias de esta Subsección³⁴ y al criterio objetivo valorativo de causación de costas procesales, previsto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, habrá condena en costas de segunda instancia, a cargo de la parte demandante, toda vez que se le resuelve desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto y se generó la intervención del municipio de Soledad (Atlántico). Líquidense por Secretaría del Tribunal.



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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 12 de octubre de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó las pretensiones de la demanda, pero por las razones descritas en esta providencia.

³² Artículo 361 del Código General del Proceso.

³³ Artículo 171 No. 4 en concordancia con el Art. 178 *ibidem*.

³⁴ Se puede ver, entre otras, la sentencia de 14 de julio de 2016, radicado 2013-00270-03 (3869-2014).



SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandante, las cuales deberán ser liquidadas por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

TERCERO: Ejecutoriada esta decisión, devolver el expediente al Tribunal Administrativo de origen previas las anotaciones pertinentes en la sede electrónica para la gestión judicial del Consejo de Estado-SAMAI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023)

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Consejero de Estado

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Consejero de Estado

La anterior providencia ha sido firmada electrónicamente y se encuentra visible en su respectivo expediente digital, el cual esta disponible en el **Sistema de Gestión Judicial del Consejo de Estado – SAMAI**, al que puede acceder escaneando el código QR visible en este documento o visitando la página web <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080>

