

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B

MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

Radicado : 08001-23-31-000-2012-00297-01
Nº interno : 3345-2014
Demandante : Luis Gabriel Gale Comas
Demandado : Municipio de Soledad, Atlántico e Instituto
Municipal de Tránsito y Transporte
Acción : Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Decreto 01
de 1984
Tema : Empleado con régimen retroactivo de cesantías que no
manifestó acogerse al anualizado

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 7 de marzo de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

El señor Luis Gabriel Gale Comas, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, a través de apoderado, solicitó ante el Tribunal Administrativo del Atlántico la nulidad **acto administrativo contenido en el Oficio sin número del 21 de diciembre de 2011, expedido por el Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Soledad** que negó el pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable por remisión del Decreto 1582 de 1998 que reglamenta la Ley 344 de 1996.

Igualmente se solicitó la nulidad **del acto administrativo ficto que se configuró por el silencio de la Alcaldía Municipal de Soledad** al no contestar la petición presentada en dicha entidad el 1 de diciembre de 2011.

A título de restablecimiento del derecho pidió que se condene al Municipio de Soledad y al Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Soledad a reconocer pagar la sanción moratoria regulada en la Ley 50 de 1990 por los años 2003 a 2010 desde la omisión en la consignación de los auxilios de cesantías hasta que ésta se realice.

Reclama que se actualicen los valores adeudados por la entidad demandada de acuerdo con el índice de precios al consumidor con sus respectivos intereses.

Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda son los siguientes:

El señor Luis Gabriel Gale Comas labora en el Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Soledad desde el 1 de agosto de 2003, en el cargo de auxiliar administrativo.

El Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Soledad, entidad empleadora del actor, no ha consignado sus auxilios de cesantías correspondientes a los años 2003 a 2010, en los plazos legales.

La citada entidad y la Alcaldía Municipal de Soledad, tienen la responsabilidad solidaria de pagar la sanción moratoria por cada día de retardo en la consignación de los auxilios de cesantías del actor.

El 1 de diciembre de 2011, el señor Luis Gabriel Gale Comas presentó una reclamación administrativa ante el Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Soledad para obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de los auxilios de cesantía anualizados, esta petición fue negada a través del Oficio sin número del 21 de diciembre de 2011. En la misma fecha, el actor radicó ante la Alcaldía Municipal de Soledad una petición para obtener el pago de la sanción moratoria y no obtuvo respuesta alguna.

1.2 Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 13, 29, 53 y 209.

Del Código Contencioso Administrativo, los artículos 85 y 137 a 139.

De la Ley 344 de 1996, el artículo 13.

Del Decreto 1582 de 1998, el artículo 1.

De la Ley 50 de 1990, el numeral 3 del artículo 99.

Del Decreto 1063 de 1991, el artículo 21.

Del Código de Procedimiento Civil, el numeral 3 del artículo 20.

El concepto de violación de la demanda se desarrolló así¹:

Explicó el apoderado del actor que a partir de la vigencia de la Ley 344 de 1996 las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado se rigen por el régimen de cesantías previsto en el artículo 13 *ídem*, que en el literal a) dispone “[e]l 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de las cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral”.

Expresó que la Ley 344 de 1996 fue reglamentada por el Decreto 1582 de 1998 que en su artículo 1 dispuso que el régimen de liquidación y pago de cesantías de los servidores del nivel territorial es el previsto en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990.

Indicó que de conformidad con las normas citadas, quienes se vincularon con posterioridad al 31 de diciembre de 1996 tienen derecho a que sus cesantías se consignen a más tardar el 14 de febrero del año siguiente al que fueron causadas en el fondo escogido por el trabajador.

¹ Folios 1 a 10 del cuaderno principal

Precisó que según el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 el empleador que incumpla el plazo para consignar las cesantías antes del 15 de febrero de cada año deberá pagar un día de salario por cada día de mora.

Indicó que el señor Luis Gabriel Gale Comas es trabajador del Municipio de Soledad – Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Soledad desde el 1 de agosto de 2003, y está cobijado por las normas que regulan el régimen anualizado de cesantías, previamente citadas, por tanto, al no haberse efectuado oportunamente la consignación de los auxilios de cesantías debe declararse la nulidad de los actos administrativos demandados.

2. Contestación de la demanda

El Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Bogotá se opone a las pretensiones de la demanda. Señaló que la verdadera fecha de vinculación del actor con el Municipio de Soledad es anterior al año 1996, por ende no tiene derecho a la sanción moratoria reclamada en la demanda².

Consideró que el trabajador es beneficiario del régimen retroactivo de cesantías, en el que no se hace la liquidación y consignación anual de los auxilios de cesantías.

Anotó que si lo pretendido por el accionante es el cambio de régimen, debió seguir el procedimiento previsto en el Ley 344 de 1996, consistente en enviar una comunicación a su empleador manifestando su deseo de acogerse al nuevo régimen.

Alegó que se formularon indebidamente las pretensiones de la demanda porque el actor deliberadamente omitió solicitar la consignación de los auxilios de cesantías, por tanto, no es procedente efectuar pronunciamiento alguno sobre la sanción moratoria que es un derecho accesorio.

² Folios 48 a 52 del cuaderno principal

Manifestó que la acción de cobro de los auxilios de cesantías corresponde al fondo escogido por el actor.

Aseveró que la presunción de buena fe reviste todas las actuaciones de la administración y en presente caso no fue desvirtuada, dado que la situación económica del Instituto le ha impedido cumplir con sus obligaciones laborales, motivo por el cual es improcedente el pago de la sanción moratoria.

Propuso las excepciones de caducidad de la acción, prescripción, ilegitimidad por activa en el cobro, inexistencia fáctica y probatoria de la mala fe para la condena moratoria y falta de agotamiento de la vía gubernativa.

El Municipio de Soledad solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda, así³:

Señaló que la sanción moratoria pedida por el demandante prescribió, comoquiera que transcurrieron más de tres años desde el momento en que era exigible y el actor presentó la reclamación el 1 de diciembre de 2011.

Precisó que mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se solicita el pago de la sanción moratoria causada por la no consignación oportuna de los auxilios de cesantías por los años 2003 a 2010 y que la petición en sede administrativa se presentó el 1 de diciembre de 2011, tratando revivir los términos de prescripción.

3. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante sentencia del 7 de marzo de 2014, negó las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos⁴:

³ Folios 62 a 66 del cuaderno principal

⁴ Folios 178 a 184 del cuaderno principal

Señaló que el jefe de Talento Humano del Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Soledad certificó que el señor Luis Gabriel Gale Comas se vinculó a la Alcaldía Municipal de Soledad desde el 12 de marzo de 1993 en el cargo de celador de escuelas y colegios públicos de la división de asuntos docentes de la Secretaría de Educación Municipal; el 6 de diciembre de 1998 fue trasladado al Instituto de Transportes y Tránsito Municipal; el 1 de agosto de 2003 se realizó su incorporación a la planta global del Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Soledad. Por consiguiente, conservó su régimen de cesantías retroactivo previsto en la Ley 6 de 1945, aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 31 de diciembre de 1996.

Indicó que los empleados públicos cuya vinculación era anterior a la referida fecha pueden acogerse al régimen anualizado regulado en la Ley 344 de 1996, sin embargo, el actor no demostró haber expresado su deseo de trasladarse de régimen.

Por consiguiente, concluyó que al no ser aplicable al actor el régimen anualizado de cesantías no tenía derecho al pago de la sanción por mora ante el retardo en la consignación de los auxilios de cesantías, que contiene el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

4. Recurso de apelación

El apoderado del demandante solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, así:

⁵ Folios 186 a 188 del cuaderno principal

Indica que el Decreto 142 del 9 de junio de 2003 en el artículo 1º suprime los cargos de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Soledad, por ello, el empleo que desempeñada el demandante dejó de existir y a partir junio de 2003, se creó una nueva entidad.

Sostiene que en la certificación expedida por el Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Soledad no se especifica si el cargo desempeñado por el demandante era de carrera administrativa, por ende, no se puede asumir que su vinculación fue sin solución de continuidad desde el año 1993.

5. Alegatos de conclusión

Mediante auto del 3 de septiembre de 2015 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto⁶. La entidad demandada no se pronunció al respecto.

Parte demandante

Señala que el accionante se vinculó el 1 de agosto de 2003 al Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Soledad, entidad con autonomía administrativa y financiera y que lo reclamado en el proceso es la sanción moratoria que se causó de los años 2003 a 2010, durante su relación laboral con la citada entidad⁷.

Anota que el señor Luis Gabriel Gale Comas no tenía la obligación de manifestar si se acogía al régimen anualizado de cesantías regulado en la Ley 344 de 1996, ya

⁶ Folio 216 del cuaderno principal

⁷ Folios 243 a 245 del cuaderno principal

que entró a laborar en el Instituto referido desde el 1 de agosto de 2003, en consecuencia, está cobijado por régimen en comento.

Explica que aunque se tuviera en cuenta su vinculación antes de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, basta con la afiliación a un fondo privado de cesantías para que se tenga demostrado el ánimo de cambiarse de régimen de cesantías.

6. Concepto del Ministerio Público

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado solicita que se confirme la sentencia apelada, con fundamento en los siguientes razonamientos⁸:

Expresa que el demandante pertenece al régimen retroactivo de cesantías pues se vinculó a la administración municipal el 12 de marzo de 1993, a saber, antes del 31 de diciembre de 1996.

Precisa que el certificado expedido por el jefe de Talento Humano del Instituto Municipal de Tránsito y Transporte indica que no se efectuaron las consignaciones de los auxilios de cesantías correspondientes a los años 2003 a 2012, toda vez que el actor está cobijado por el régimen de retroactividad de cesantías.

Considera que la sola afiliación a un fondo privado de cesantías por parte de empleado en régimen retroactivo, no es suficiente para considerar válido el cambio de régimen, dado que los fondos creados por la Ley 50 de 1990 también pueden

⁸ Folios 346 a 350 del cuaderno principal

administrar en cuentas individuales los recursos para el pago de las cesantías retroactivas.

Por consiguiente, dada la ausencia de prueba sobre cuándo el actor se acogió al régimen de cesantías anualizadas es improcedente que se acceda al pago de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El presente asunto que se rige por el Decreto 01 de 1984 es competencia de esta Corporación de conformidad con lo establecido en el artículo 129 *ídem*, según el cual el Consejo de Estado conoce en segunda instancia de las apelaciones contra las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos.

2. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala establecer si en los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, procede revocar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, para el efecto se determinara si el señor Luis Gabriel Gale Comas al haberse vinculado al Municipio de Soledad antes de la vigencia de la Ley 344 de 1996, y estar afiliado a un fondo privado de cesantías tiene derecho al pago de la sanción moratoria derivada de retardo en la consignación de sus auxilios de cesantías prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Para desatar el problema jurídico se abordarán los siguientes aspectos: 2.1 Marco normativo y jurisprudencial; 2.2 Hechos probados; y 2.3 Caso concreto.

2.1 Marco normativo y jurisprudencial

2.1.1 Cesantías para los empleados públicos del nivel territorial

Acorde con la sentencia del 12 de octubre de 2016 de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, “ *El auxilio de cesantía es una prestación social de creación legal que debe pagar el empleador al trabajador por los servicios prestados en el evento en que llegare a quedar cesante, con la finalidad de que atienda sus necesidades básicas (cesantías definitivas); o durante la vigencia del vínculo laboral (cesantías parciales), siempre que se cumplan determinados requisitos para su reconocimiento relacionados con educación, mejoramiento o compra de vivienda*”⁹.

Ahora bien, en cuanto al régimen de cesantías aplicable a los empleados públicos territoriales en providencia del 17 de noviembre de 2016 de la Sección Segunda, Subsección A de esta Corporación señaló:

*“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 cesantías, 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.º de enero de 1942*¹⁰.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, proceso con radicado 08001-23-31-000-2011-00874-01 y número interno 1325-16.

¹⁰ 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. [...]

Mediante Decreto 2767 de 1945 se determinaron las prestaciones sociales de los empleados departamentales y municipales, y el artículo 1.º les hizo extensivas las prestaciones consagradas por el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, lo cual incluyó el auxilio de cesantías¹¹. Y en el artículo 6.º 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 1.º 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 cesantías¹².

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.

Subsiguientemente, 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 hubieren afiliado a un fondo de cesantías, sería el establecido en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990.

¹¹ «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.»

¹² 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.

(...)

Por su parte, el Decreto 1252 de 30 de junio de 2000, en el artículo 2.º, 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»¹³.

Igualmente, ha precisado esta Corporación que existen tres sistemas diferentes de cesantías para los servidores públicos del nivel territorial, así:

*“(…) **Sistema retroactivo**, donde las cesantías se liquidan con base en el último sueldo devengado, sin lugar a intereses. Se rige por la ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan y es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996; **De liquidación definitiva anual y manejo e inversión** a través de los llamados fondos de cesantías creados por la ley 50 de 1990, el cual incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador y cubre a las personas vinculadas a estos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del decreto 1582 de 1998; y por último el **Sistema del Fondo Nacional de Ahorro** el cual rige para los servidores que a él se afilien y contempla la liquidación anual de cesantías, pago de intereses por parte del Fondo, protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y, además, contribuye a la solución del problema de vivienda y educación”¹⁴.*

2.1.2 De la sanción moratoria

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, proceso con radicado 08001-23-31-000-2012-00244-01 y número interno 1381-15

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Jaime Moreno García, sentencia del 19 de julio de 2007, proceso con radicado 15001-23-31-000-2000-02033-01 y número interno 9228-05

En el régimen anualizado de cesantías se prevé una sanción para el empleador que consigne fuera de los términos legales el auxilio de éstas al trabajador en el fondo que éste escoja, como lo dispone el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. En efecto dice la norma:

“ARTICULO 99. El nuevo régimen especial del 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 día de retardo”. (Subrayado y resaltado fuera de texto).

2.2 Hechos relevantes probados

Vinculación laboral y régimen de cesantías

Según la certificación del 15 de agosto de 2013, expedida por el jefe de Talento Humano del Instituto Municipal de Tránsito y Transportes de Soledad, el señor Luis Gabriel Gale Comas se vinculó el 12 de marzo de 1993 a la Alcaldía Municipal de Soledad, en el cargo de celador de escuelas y colegios públicos en la división de asuntos docentes de la Secretaría de Educación Municipal, y permaneció en éste hasta el 20 de septiembre de 1994, cuando fue trasladado a la Comisaria de Familia

adscrita a la Secretaría de Gobierno Municipal, donde estuvo hasta el 6 de diciembre de 1998¹⁵.

Del 7 de diciembre de 1998 al 30 de julio de 2003, el actor fue trasladado a la Secretaría de Transportes y Tránsito de Soledad, en el cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 04.

El Decreto 142 del 9 de junio de 2003 suprimió la Secretaría Municipal de Tránsito y Transporte de Soledad, y creó en su reemplazo el Instituto Municipal de Tránsito y Transportes de Soledad. Mediante la Resolución 0003 del 30 de julio de 2003, el demandante quedó adscrito a la planta global de dicho Instituto *“sin solución de continuidad desde el día 01 de agosto de 2003 desempeñando el mismo cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 04”*¹⁶.

Señala esta certificación que una vez revisada la hoja de vida del señor Luis Gabriel Gale Comas se constató que:

“en la misma no reposa constancia de consignaciones de los auxilios de cesantías correspondientes a los años 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012, toda vez que el mismo se encuentra en el régimen de retroactividad de cesantías. Tampoco existe constancia de cambio de régimen y de escogencia de fondo de cesantías escogido por él”.

Afiliación a un fondo privado de cesantías

¹⁵ Folio 92 del cuaderno principal

¹⁶ Folio 92 del cuaderno principal

Consta en el expediente la copia simple de la solicitud de vinculación del actor a COLFONDOS del 29 de junio de 1995¹⁷.

Reclamación administrativa

El señor Luis Gabriel Gale Comas en escrito del 1 de diciembre de 2011 solicitó a la Alcaldía Municipal de Soledad el pago de la sanción moratoria por el giro no oportuno de las cesantías al fondo en que se encontraba afiliada durante los años 2003 a 2010¹⁸. En la misma fecha fue presentada una petición en similares términos ante el Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Soledad¹⁹.

Actos administrativos demandados

Mediante Oficio del 21 de diciembre de 2011, el Director del Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Soledad negó el pago de la sanción moratoria al considerar que el señor Luis Gabriel Gale Comas no había manifestado a qué fondo deseaba que le fueran consignados sus auxilios de cesantías²⁰.

Acto administrativo ficto que se configuró en virtud de silencio de la Alcaldía Municipal de Soledad frente a la reclamación administrativa presentada por el actor el 1 de diciembre de 2011, en la que solicitó el pago de la sanción moratoria derivada del retardo en la consignación de las cesantías de los años 2003 a 2010.

2.3 Caso concreto

¹⁷ Folio 86 del cuaderno principal

¹⁸ Folio 16 del cuaderno principal

¹⁹ Folio 15 del cuaderno principal

²⁰ Folio 17 del cuaderno principal

En el *sub lite* el señor Luis Gabriel Gale Comas solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 (que se aplica a los empleados de las entidades territoriales por disposición del Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998, reglamentario de la Ley 344 de 1996), consistente en un día de salario por cada día de retardo en la consignación de sus auxilios de cesantías por los años 2006 a 2010.

El Tribunal Administrativo del Atlántico negó las pretensiones de la demanda al considerar que el actor pertenece al régimen retroactivo de cesantías pues se vinculó laboralmente con la Alcaldía Municipal de Soledad el 12 de marzo de 1993 y no está probado que haya manifestado su deseo de trasladarse al régimen anualizado de cesantías.

El actor en el recurso de apelación indica que el empleo desempeñado en la Secretaría de Tránsito y Transporte de Soledad dejó de existir, ya que esta entidad fue suprimida por el Decreto 142 del 9 de junio de 2003, motivo por el cual no se puede asumir que su vinculación con el Municipio sea sin solución de continuidad desde 1993.

Al respecto, considera la Sala que de conformidad con las pruebas recaudadas en el expediente se encuentra acreditado que el señor Luis Gabriel Gale Comas fue nombrado mediante el Decreto 037 del 18 de febrero de 1993 y se posesionó el 12 de marzo del mismo año en el cargo de celador de escuelas y colegios públicos en la División de Asuntos Docentes de la Secretaría de Educación Municipal de Soledad²¹.

²¹ Folio 93 del cuaderno principal

El 20 de septiembre de 1994, el Alcalde Municipal de Soledad comunicó al actor que a partir de la fecha había sido trasladado a la Secretaría de Gobierno Municipal²².

El 8 de noviembre de 1995, el Alcalde le informó al demandante que en cumplimiento del Decreto 0314 del 8 de noviembre de 1995 había sido trasladado a la Comisaría de Familia de la Secretaría de Gobierno²³.

Mediante el Decreto 275 del 7 de diciembre de 1998, el Alcalde reubicó al accionante en el cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 04 de la Secretaría de Transportes y Tránsito del Municipio de Soledad²⁴.

A través del Decreto 142 del 9 de junio de 2003, expedido por el Alcalde Municipal de Soledad, se suprimió la Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio de Soledad y se creó el Instituto Municipal de Tránsito y Transporte –IMTTRASOL²⁵ que en el párrafo del artículo 36 señala:

“PARÁGRAFO: El Director del IMTTRASOL incorporará los cargos que no se supriman en la extinta Secretaría de Tránsito y Transporte de Soledad, a través de nombramiento de los empleados quienes seguirán desempeñando sus cargos sin solución de continuidad”.

El 31 de julio de 2003 el director del Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Soledad le comunicó al señor Luis Gabriel Gale Comas que en razón de la Resolución 003 del 30 de junio de 2003 había sido incorporado a la planta global del Instituto de Tránsito y Transportes de Soledad en el cargo de auxiliar²⁶.

²² Folio 95 del cuaderno principal

²³ Folio 96 del cuaderno principal

²⁴ Folios 97 a 98 del cuaderno principal

²⁵ Folios 158 a 176 del cuaderno principal

²⁶ Folio 99 del cuaderno principal

Con Resolución 043 del 23 de enero de 2008 *“por medio de la cual se encarga a un empleado de carrera administrativa en otro cargo de carrera”* el director del Instituto Municipal de Tránsito y Transportes de Soledad nombró en encargo al señor Luis Gabriel Gale Comas en el empleo de auxiliar administrativo, código 407, grado 02²⁷.

A partir de las pruebas anteriormente relacionadas se concluye, que si bien el señor Luis Gabriel Gale Comas ha cambiado varias veces de cargo en el Municipio de Soledad, su vinculación ha sido sin solución de continuidad desde que se posesionó el 12 de marzo de 1993 en el cargo de celador de escuelas y colegios públicos en la División de Asuntos Docentes de la Secretaría de Educación Municipal. Entonces, aunque el Decreto 142 del 9 de junio de 2003 suprimió todos los cargos de la Secretaría de Transportes y Tránsito del Municipio de Soledad –donde el actor ejercía el cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 04-, este mismo decreto dispuso que quienes fueran incorporados al Instituto Municipal de Tránsito y Transportes de Soledad seguirían desempeñando sus cargos sin solución de continuidad.

Así las cosas, en lo concerniente al régimen de cesantías que cobija al demandante, observa la Sala que el señor Luis Gabriel Gale Comas estuvo vinculado con el Municipio de Soledad desde el 12 de marzo de 1993, es decir, antes del 31 de diciembre de 1996, fecha de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996²⁸, por tanto su régimen era el retroactivo de cesantías.

Al respecto, se precisa que según el artículo 1 del Decreto 1582 de 1998 (reglamentario de la Ley 344 de 1996) *“el régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 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 (...)”*.

²⁷ Folio 101 del cuaderno principal

²⁸ La Ley 344 de 1996 fue publicada el 31 de diciembre del mismo año, en el diario oficial Diario Oficial No. 42.951.

Este decreto en el artículo 3º también regula la situación de los servidores públicos del nivel territorial vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, el 31 de diciembre de ese año, así:

“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) 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”.

La jurisprudencia de esta Sección ha señalado sobre el alcance del inciso primero del artículo 3 *ídem* que “*aquellos funcionarios que se hubieren vinculado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 344 de 1996, es decir, cobijados con régimen de retroactividad y que decidieran acogerse al previsto en dicha disposición legal deben manifestar su deseo de optar por el régimen anualizado, de conformidad con el Decreto 1582 de 1998, puesto que la norma no prevé la*

posibilidad de un cambio tácito de régimen, por cuanto esta es una actuación voluntaria del servidor^{29,30}.

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 este sentido se ha pronunciado esta Corporación en sentencia del 24 de julio de 2008 al señalar:

*“Está demostrado que la actora era beneficiaria del régimen de cesantías retroactivas, se trasladó a Colfondos para que este administrara su prestación y nunca fue su intención renunciar al régimen que la cobijaba sino cambiar de administrador. En estas condiciones su situación quedó subsumida en el inciso primero del artículo 2 del decreto 1582 de 1998 y, por ende, debe entenderse que lo que operó fue un traslado de la entidad encargada de administrar las cesantías, sin que su régimen de retroactividad hubiera sufrido alguna modificación. Así cuando la demandada procedió a liquidar las cesantías ha debido tomar en consideración los anteriores hechos. No lo hizo, sino que de manera desacertada consideró que con el cambio de administradora se había renunciado implícitamente al beneficio de la retroactividad y optado por la anualidad en la liquidación y pago de la prestación”*³¹.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de 26 de noviembre de 2015. Rad. No. 080012331000201100752 01 (1528-2014). C.P.: Dr. William Hernández Gómez.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 26 de mayo de 2016, proceso con radicado 08001-23-31-000-2011-01241-01 y número interno 4269-2013

³¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Jesús María Lemos Bustamante, sentencia del 24 de julio de 2008, proceso con radicado 25000-23-25-000-2001-00798-01 y número interno 2471-2004

Igualmente, la Subsección A de esta Sección en sentencia del 27 de abril de 2016 consideró que la afiliación de un empleado en régimen de retroactividad de cesantías a un fondo privado creado por la Ley 50 de 1990 solo conlleva al cambio de administrador de los recursos, no el cambio de régimen, así:

“(...) 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”³².

Hechas las anteriores precisiones, en el *sub judice* se reitera que el señor Luis Gabriel Gale Comas prestó sus servicios al Municipio de Soledad desde el 12 de marzo de 1993, entonces, a pesar de que haya aportado al expediente una copia del formato de afiliación a COLFONDOS del 29 de junio de 1995, no perdió el régimen retroactivo de cesantías que lo cobijaba por ser empleado en el nivel territorial antes del 31 de diciembre de 1996, fecha de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, que en su artículo 13 dispuso que las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado tendrían un régimen anualizado en el que a 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías.

Así las cosas, toda vez que el actor no probó haberse acogido expresamente al régimen anualizado de liquidación de cesantías no tiene derecho a la sanción moratoria por el retardo en la consignación de cesantías solicitada en la demanda, por lo tanto, la Sala comparte la decisión del *a quo*.

³² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Gabriel Valbuena Hernández, sentencia del 27 de abril de 2016, proceso con radicado 08001-23-31-000-2011-00768-01 y número interno 3342-2014

III. DECISIÓN

Hechas estas consideraciones, la Sala confirmará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó las pretensiones de la demanda.

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,

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del 7 de marzo de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- Sin condena en costas en las dos instancias.

TERCERO.-DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriada esta providencia.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER