**AUXILIO DE CESANTÍA – Naturaleza, origen y evolución normativa.**

Es de recordar que el auxilio de cesantías en principio fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945, se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente. Fue así que la Ley 6.ª de 1945 en el Art. 17, señaló 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.º de enero de 1942. A su turno, mediante el Art. 1° del Decreto 2767 de 1945 se extendieron la totalidad de las prestaciones sociales consagradas en el artículo 17 de la Ley 6 de 1945 a los empleados de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios, que incluyó el auxilio de cesantía. Más adelante, la Ley 65 de 1946 se refirió al carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado independientemente del motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una prestación social, que fue recogida así en el Código Sustantivo del Trabajo; la citada ley modificó las disposiciones sobre cesantías, beneficios que también fueron extendidos a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios. Por su parte, el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946 definió los parámetros para su liquidación y el Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947 previó que se tendría derecho a dicho auxilio, el empleado inscrito o no en carrera administrativa, sea cual fuere la causa de su retiro, con la aclaración de que el monto de la prestación era equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente al tiempo laborado, si era inferior a ese lapso. Es así que, tal 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. Posteriormente, mediante el Decreto 3118 de 1968 se creó el Fondo Nacional del Ahorro (FNA), como un establecimiento público vinculado al otrora Ministerio de Desarrollo Económico, que, dentro de sus objetivos previstos en el Art. 2° señaló:(…). Dicho Decreto, estableció que se debían liquidar y entregar al Fondo Nacional del Ahorro las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del estado del orden nacional, con excepción de las de los miembros de las cámaras legislativas y de sus empleados, los miembros de las Fuerzas Militares, la Policía y el personal civil del ramo de la defensa nacional.

**AUXILIO DE CESANTÍA – Desmonte de su retroactividad para dar paso al sistema de liquidación anualizado.**

En relación con la liquidación de las cesantías, el artículo 27 del citado Decreto 3118 de 1968, señaló: (…) Así entonces, desde la expedición del referido Decreto 3118 de 1968, empezó en el sector público el desmonte de la retroactividad de la prestación referida, para dar paso al sistema de liquidación anualizado, que en principio no era aplicable a los servidores públicos del orden territorial, quienes se encontraban sujetos al régimen de cesantías dispuesto en las Leyes 6.ª de 1945 y 65 de 1946, esto es, al retroactivo; no obstante, con las disposiciones que modificaron su naturaleza y cobertura, permitieron la afiliación a éste de los empleados de las entidades territoriales y sus entes descentralizados (Ley 432 de 1998 y Decreto 1453 de 1998). Por su parte, la Ley 50 de 1990 cambió el régimen de cesantías en el sector privado al anualizado, cuyas características fueron explicadas en el Art. 99 así: de la siguiente manera: (…). A su turno, el artículo 13 de la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996 “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”, 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 del 5 de agosto de 1998 que amplió el régimen de cesantías de que trata la Ley 50 de 1990 (anualizado) a los servidores públicos del orden territorial, así: (…). En el caso de aquellos que se hubieran vinculado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad y que decidieran acogerse al previsto en la precitada Ley 344 de 1996, el artículo 3 del Decreto 1582 de 1998 previó el siguiente procedimiento: (…)

**REGÍMEN RETROACTIVO Y RÉGIMEN ANUALIZADO DE LIQUIDACIÓN DE CESANTÍAS - Beneficiarios.**

 Sobre el particular, el Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016, en la cual se señaló: “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 1° del Decreto 1582 de 1998.” De lo anterior se colige que coexisten dos regímenes de cesantías, las retroactivas que son viables 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. No obstante, a 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 el Art. 3° como procedimiento necesario para el precitado cambio. Sumado a ello, el Decreto 1252 del 30 de junio de 2000, en el Art. 2, conservó el régimen de cesantías retroactivas para los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000 lo disfrutaban, hasta la terminación de la relación laboral.En el mismo sentido, el Decreto 1919 del 27 de agosto de 2002, que extendió el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional, a los servidores del orden territorial, en el artículo 3 previó que: “…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...”.

**RÉGIMEN RETROACTIVO DE CESANTÍAS** - **Sus beneficiarios no tienen derecho a la sanción moratoria porque esta penalización fue consagrada para el régimen de liquidación anual / SANCIÓN MORATORIA POR EL PAGO TADÍO DE LAS CESANTÍAS - No tienen derecho a esta indemnización los beneficiarios de régimen retroactivo de cesantías porque esta penalización fue consagrada para el régimen de liquidación anual.**

Memora la Sala que la sentencia que puso fin a la primera instancia declaró la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. SG 210.05- 2018-170 del 14 de diciembre de 2018, al concluir que se desconoció el régimen retroactivo de cesantías de que es beneficiaria la demandante y consecuente con ello, ordenó al Municipio de Otanche, pagar a favor de la demandante MARÍA FRANCEY LÓPEZ los aportes correspondientes a las cesantías causadas en el periodo comprendido entre el 1° de mayo de 1995 y el 30 de diciembre de 2011, a fin que al momento en que la demandante solicite el pago parcial o definitivo de sus cesantías acumuladas desde la fecha de su vinculación a la entidad hasta la fecha de la solicitud respectiva, el Fondo en mención tenga los recursos suficientes para efectuar dicho pago con base en el último sueldo devengado por la servidora, incluyendo primas, sobresueldos, bonificaciones y cualquier otro emolumento que devengue como retribución permanente de los servicios. Adicionalmente, el A quo negó las demás pretensiones de la demanda y no impuso condena en costas. El objeto de la apelación gira en torno al no reconocimiento de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, al no reconocimiento de intereses a las cesantías y a la no imposición de condena en costas. Así, en primer lugar, dirá la Sala que en lo que tiene que ver con la sanción moratoria la juez de instancia señaló que es improcedente tal solicitud, en la medida en que la señora MARÍA FRANCEY LÓPEZ pertenece al régimen de cesantías retroactivas y en tal virtud, los trabajadores vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, que no se hayan acogido de manera expresa y voluntaria al régimen de liquidación anual de cesantías de que trata la Ley 50 de 1990, no tienen derecho al reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías, consistente en el pago un día de salario por cada día de retardo, toda vez que dicha penalización fue consagrada para el régimen de liquidación anual. Por su parte, la recurrente sostiene que la entidad accionada debe ser condenada al pago de sanción por mora al menos desde el mes de noviembre de 2015, teniendo en consideración que presentó petición en tal sentido ante el Municipio de Otanche el día 18 de noviembre de 2018. En este punto, la Sala advierte que tal como determinó el A quo, la demandante MARÍA FRANCEY LÓPEZ pertenece al régimen retroactivo de cesantías y en tal virtud no es procedente el reconocimiento de la sanción moratoria, al tratarse de una penalización prevista para el régimen anual de cesantías; así lo señaló en Consejo de Estado al precisar:“Así las cosas, los trabajadores vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, como es el caso del demandante, que no se hayan acogido de manera expresa y voluntaria al régimen de liquidación anual de cesantías de que trata la Ley 50 de 1990, no tienen derecho al reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías, consistente en el pago un día de salario por cada día de retardo, toda vez que dicha penalización fue consagrada para el régimen de liquidación anual. (…)

**RÉGIMEN RETROACTIVO DE CESANTÍAS - Sus beneficiarios no tienen derecho al pago de intereses a las cesantías, ya que tal prestación se liquida con base en último sueldo devengado, lo que a su vez evita su depreciación /INTERESES A LAS CESANTÍAS – Los beneficiarios del régimen retroactivo de cesantías no tienen derecho a esta prestación social ya que las cesantías se liquidan con base en último sueldo devengado, lo que a su vez evita su depreciación.**

Por otra parte, en lo relacionado con la pretensión de pago de intereses a las cesantías, el A quo la negó al considerar que en el sistema retroactivo de cesantías al que pertenece la demandada, no es dable tal reconocimiento ya que tal prestación se liquida con base en último sueldo devengado, lo que a su vez evita la depreciación del auxilio, motivo por el cual este concepto no es compatible con este régimen. Contrario a ello, la recurrente plantea que la mora en el reconocimiento de la prestación reclamada no puede traducirse en la pérdida de los intereses que sobre la misma deben calcularse por cuanto la entidad empleadora no celebró oportunamente el convenio, ni realizó los aportes en tiempo. Al respecto, dirá la Sala que no le asiste razón a la recurrente como quiera que, en aplicación del régimen retroactivo de cesantías, éstas se liquidan con base en el último sueldo devengado por la beneficiaria, sin lugar a intereses, habida cuenta que los intereses a las cesantías buscan evitar la depreciación del auxilio monetario, lo cual no ocurre en el sistema retroactivo por cuanto al liquidarse el auxilio con el último salario devengado no se presenta el fenómeno depreciativo de la moneda; sobre el particular, el Consejo de Estado ha precisado: *“*En concordancia con lo anterior, tal como lo indicó el a quo y la parte demandante en su apelación, el sistema de liquidación de cesantías aplicable a la demandante es el retroactivo. Lo anterior, por cuanto su vinculación con el Departamento de La Guajira ocurrió el 15 de noviembre de 1989(8), es decir con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996 (30 de diciembre de 1996). (…) De acuerdo con lo precedente, el auxilio de cesantía de la demandante se ha debido liquidar al momento de la finalización de su vínculo laboral, es decir, con el último salario devengado multiplicado por los años laborados en dicha entidad. … Como consecuencia de ello, al ser Olays Orozco Mindiola beneficiaria del régimen de retroactividad no tiene derecho al pago de intereses a las cesantías por parte del empleador porque este beneficio es exclusivo del sistema anualizado…”. En ese sentido, esta corporación ha sostenido lo siguiente: “En el sistema retroactivo de las cesantías, como ya lo ha precisado la Sala, se liquida con base en el último sueldo devengado lo que evita la depreciación del referido auxilio monetario; mientras que en los demás regímenes se les aplica el sistema de liquidación definitiva anual con el manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, lo que incluye el pago de intereses por parte del empleador. Para los servidores que se vinculen al Fondo Nacional de Ahorro rige la liquidación anual de cesantías y el pago de intereses por parte del Fondo.”

**NOTA DE RELATORÍA:** La providencia que se presenta al público ha sido modificada solo para incluir sus anteriores descriptores y restrictores, mas no para variar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la original. No obstante, puede ocurrir que en la conversión del documento PDF a Word puede quedar con algunas imperfecciones en el texto. Para validar la integridad de la providencia los interesados pueden consultarla y descargarla a través de la plataforma SAMAI siguiendo este link:

|  |
| --- |
| <https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=150013333009201900092011500123> |

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**

**SALA DE DECISION No. 6**

**MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**

Tunja, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**DEMANDANTE: MARÍA FRANCEY LÓPEZ**

**DEMANDANDO: MUNICIPIO DE OTANCHE**

**RADICADO:** **15001 33 33 009 2019 00092 - 01**

**SAMAI**

<https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=150013333009201900092011500123>

1. **ASUNTO A RESOLVER**

1. Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida en audiencia celebrada el día 11 de febrero de 2021 por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada por la señora MARÍA FRANCEY LÓPEZ contra el MUNICIPIO DE OTANCHE.

1. **ANTECEDENTES**

**2.1. Demanda[[1]](#footnote-1)**

2. Por conducto de apoderada judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora MARÍA FRANCEY LÓPEZ formuló las siguientes pretensiones:

* La nulidad de la comunicación identificada con el No. SG 210.05-2018-170 del 14 de diciembre de 2018, suscrita por SALAMÓN DÍAZ GUTIÉRREZ en su condición de Alcalde Municipal, por medio del cual se dio respuesta negativa a las peticiones formuladas por la demandante, mediante derecho de petición radicado el 27 de noviembre de 2018.
* Consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la actora solicita lo siguiente:
* Liquidar y pagar el auxilio de cesantías que se ha causado en favor de la señora MARÍA FRANCEY LÓPEZ, en el periodo comprendido entre el 01 de mayo de 1995 y el 30 de diciembre de 2011, en su condición de empleada pública al servicio del Municipio de Otanche, con aplicación del régimen de liquidación retroactivo que la cobija; pago que deberá efectuarse al Fondo de Cesantías Porvenir.
* Pagar la indemnización moratoria prevista en el Art. 3º de la Ley 1071 de 2016 modificatoria de la Ley 244 de 1995, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago del derecho reclamado, a partir del 01 de enero de 2012.
* Pagar los intereses moratorios sobre cada obligación mensual causada y no reconocida en forma oportuna, de conformidad con lo previsto en las sentencias T-418 de 1996 y C-188 de 1999.
* Que se emita condena en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

3. Como fundamento fáctico de las pretensiones, se expuso lo siguiente:

4. Que la señora MARÍA FRANCEY LÓPEZ se vinculó laboralmente con el Municipio de Otanche mediante Decreto 032 del 01 de mayo de 1995, según nombramiento en provisionalidad en el cargo de Técnico Agropecuario, Código 402, Grado 2, habiendo sido nombrada en propiedad en el mismo cargo mediante Decreto 020 de 1996 tomando posesión el día 01 de agosto de esa anualidad.

5. Que el 11 de febrero de 1998 el DAFP inscribió a la demandante en el escalafón de carrera administrativa, y posteriormente, mediante Decreto 005 del 5 de enero de 2004 expedido por el Alcalde Municipal, la accionante fue encargada como Técnico del SISBEN, Código 401, Grado 3, tomando posesión el 05 de enero de ese mismo año.

6. Que, desde el 05 de marzo de 2012, la señora López fue nombrada en encargo para desempeñarse como Profesional Universitario, Código 219, Grado 03, según Resolución 043 A de esa fecha –sic-; y mediante Resolución 250 del 15 de noviembre de 2012, la demandante fue nombrada en comisión en un cargo de libre nombramiento y remoción en calidad de Secretaria de Gobierno, Código 020, Grado 13.

7. Que el 19 de enero de 2016, mediante Resolución No. 019, el Alcalde municipal ordenó el reintegro de la demandante al cargo de Técnico Administrativo, Código 367, Grado 06 de la planta global y dispuso la terminación del nombramiento en provisionalidad. Que el vínculo laboral ha estado vigente desde el 01 de mayo de 1995 sin solución de continuidad, hasta la fecha.

8. Que la demandante es beneficiaria del régimen de liquidación retroactivo de cesantías, teniendo en cuenta la fecha de su vinculación con la entidad territorial demandada, sumado al hecho que nunca manifestó por escrito y con presentación personal ante una Notaría su decisión de acogerse al régimen de liquidación que consagra la Ley 50 de 1990.

9. Que el Municipio de Otanche no cumplió con su obligación legal de pagar el auxilio de cesantía que se ha causado en favor de la demandante, en el periodo comprendido entre el 01 de mayo de 1995 y el 30 de diciembre de 2011 y que, a partir del año siguiente, es decir desde el año 2012 la entidad ha efectuado el pago de ese derecho a través del Fondo de Cesantías Porvenir.

10. Que, durante la vigencia de la relación laboral, la demandante ha solicitado a su empleador el pago parcial del auxilio de cesantías en 17 oportunidades sin obtener respuesta satisfactoria.

11. Que la entidad territorial demandada mediante comunicación de fecha 02 de diciembre de 2014 suscrita por el Alcalde municipal, reconoció que la señora López en condición de empleada pública ha solicitado en repetidas oportunidades el pago de ese derecho y que el municipio no ha cumplido con la obligación, por el periodo 01 de mayo de 1995 a 30 de diciembre de 2011. Que de conformidad con el art. 2º del Decreto 1582 de 1998, al efectuarse la afiliación de la demandante el Fondo de cesantías Porvenir (antes Horizonte), el municipio debió liquidar el auxilio de cesantías (parcial) que se había causado hasta ese momento y consignar el monto de la liquidación en ese Fondo.

12. Que mediante Resolución 496 del 28 de septiembre de 2015, se reconoció y ordenó el pago de las cesantías por el periodo ya referido, acto administrativo que fue demandado por el municipio de Otanche en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad), proceso que culminó por mutuo acuerdo entre las partes.

13. Que, a la fecha de presentación de la demanda, el empleador no ha pagado a través del Fondo de Cesantías el derecho reclamado, pese a la aceptación de que no se ha cumplido con tal obligación.

14. Que por petición radicada el 27 de noviembre de 2018, solicitó tal reconocimiento y la entidad negó las peticiones mediante comunicación No. SG 210.05-2018-170, suscrita por el Alcalde Municipal.

**2.2. Sentencia de primera instancia[[2]](#footnote-2)**

15. Mediante sentencia proferida en audiencia el día 11 de febrero de 2021, el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja puso fin a la primera instancia en los siguientes términos:

***“PRIMERO:*** *Declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, por lo expuesto en la parte motiva.*

***SEGUNDO:*** *Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. SG 210.05- 2018-170 del 14 de diciembre de 2018, por infracción de las normas en que debería fundarse y falsa motivación, al desconocer el régimen retroactivo de cesantías de que es beneficiaria la demandante y de conformidad con los demás argumentos expuestos en la parte motiva.*

***TERCERO:*** *Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordena al (la) representante legal del Municipio de Otanche, pagar a favor de la señora MARÍA FRANCEY LÓPEZ, identificada con C.C. No. 51.968.010, consignándole en el Fondo de Cesantías Protección, los aportes a que se refiere el inciso 2° del artículo 2° del Decreto 1582 de 1998, por las cesantías causadas en el periodo comprendido entre el 1° de mayo de 1995 y el 30 de diciembre de 2011, a fin que al momento en que la demandante solicite el pago parcial o definitivo de sus cesantías acumuladas desde la fecha de su vinculación a la entidad hasta la fecha de la solicitud respectiva, de conformidad con el parágrafo del artículo 2° del Decreto 1582 de 1998, el Fondo en mención tenga los recursos suficientes para efectuar dicho pago con base en el último sueldo devengado por la servidora, incluyendo primas, sobresueldos, bonificaciones y cualquier otro emolumento que devengue como retribución permanente de los servicios, de conformidad con el artículo 6º del Decreto 1160 de 1947. Sin perjuicio que, tal como lo prevé el mismo parágrafo del artículo 2° del Decreto 1582 de 1998, en su momento la entidad pública deba responder al Fondo por el mayor valor pagado por este a la demandante, en razón al régimen de retroactividad de que es beneficiaria, si a ello hubiere lugar. (…)”*

16. Para sustentar su decisión, la juez de primer grado señaló que el problema jurídico que correspondía resolver consistía en determinar si la demandante MARÍA FRANCEY LÓPEZ tiene derecho a que se le reconozcan las cesantías causadas entre el 1º de mayo de 1995 y el 30 de diciembre de 2011 con el régimen retroactivo de liquidación de cesantías, y que las mismas sean consignadas en el Fondo Porvenir; refirió la juez que además de lo anterior y en caso de que prospere tal pretensión, deberá analizarse si se configuró el fenómeno de la prescripción extintiva.

17. La tesis planteada por el juzgado de instancia consistió en señalar que la demandante señora MARÍA FRANCEY LÓPEZ, pese a que desde el año 2013 se encuentra afiliada al Fondo Cesantías Protección, aún hoy conserva el régimen retroactivo de cesantías, en razón a que fue vinculada a la entidad antes del 31 de diciembre de 1996, tal como lo prevé el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y demás normas concordantes, y aunado a ello nunca ha manifestado de manera expresa su deseo de cambiar de régimen de cesantías; condición que a juicio del A quo fue desconocida en el acto administrativo acusado, incurriendo así en las causales de nulidad de infracción de las normas en que debía fundarse y falsa motivación.

18. Adicionalmente, la juez de primer grado explicó que, de manera previa a la afiliación de la demandante al Fondo Cesantías Protección, el Municipio de Otanche no había hecho pago alguno por concepto de las cesantías correspondientes al periodo del 01 de mayo de 1995 a 30 de diciembre de 2011, ni había realizado aporte alguno por tal concepto con posterioridad a tal afiliación.

19. Seguidamente, la juez de instancia se refirió al régimen jurídico del auxilio de cesantías de los servidores públicos del orden territorial para explicar que con la Ley 344 de 1996 se extendió el régimen de cesantías anualizadas, creado por la Ley 50 de 1990, a los servidores públicos del nivel territorial, no obstante, se conservó el régimen retroactivo de cesantías para aquellos vinculados con anterioridad a su publicación, esto es, al 31 de diciembre de 1996.

20. Precisó luego que la señora MARÍA FRANCEY LÓPEZ, pertenece al régimen de cesantías retroactivas, como quiera que su vinculación al Municipio de Otanche se dio antes del 31 de diciembre de 1996, fecha de publicación de la Ley 344, norma a partir de la cual solo los servidores públicos del nivel territorial que se vincularon con posterioridad a su promulgación, quedaron cobijados bajo los postulados de la Ley 50 de 1990, esto es, el pago de las cesantías anualizadas.

21. De acuerdo a lo anterior, la juez de instancia ordenó al Municipio de Otanche realizar los aportes al Fondo Cesantías Protección al que se encuentra afiliada la demandante, por el periodo comprendido entre el 1° de mayo de 1995 y el 30 de diciembre de 2011, señalando además, que no ha operado el fenómeno de la prescripción de las citadas cesantías, en el entendido que el derecho a las mismas no se ha hecho exigible de manera definitiva, por cuanto su vínculo laboral con el Municipio de Otanche se mantiene vigente, situación que denota que el término de los 3 años que contempla la norma para reclamar esta prestación social, aún no ha comenzado a correr para que opere la prescripción.

22. En relación con la pretensión de pago de intereses a las cesantías, el despacho de primer grado determinó que la misma debe ser negada, pues en el sistema retroactivo de cesantías al que pertenece la demandada no es procedente su reconocimiento, ya que tal prestación se liquida con base en último sueldo devengado, ello evita la depreciación del auxilio, motivo por el cual este concepto no es compatible con este régimen.

23. Frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías retroactivas, la juez señaló que no es procedente por cuanto la señora MARÍA FRANCEY LÓPEZ pertenece al régimen de cesantías retroactivas, explicando que los trabajadores vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, como es el caso del demandante, que no se hayan acogido de manera expresa y voluntaria al régimen de liquidación anual de cesantías de que trata la Ley 50 de 1990, no tienen derecho al reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías, consistente en el pago un día de salario por cada día de retardo, toda vez que dicha penalización fue consagrada para el régimen de liquidación anual.

**2.3. Recurso de Apelación presentado por la parte actora[[3]](#footnote-3)**

24. La parte actora señaló que apela de manera parcial la sentencia de primer grado a efectos de que se revoquen los numerales 4° y 5° y en su lugar se acceda a la totalidad de las pretensiones de la demanda.

25. Concretamente, su inconformidad con el fallo de instancia se funda en el no reconocimiento de la sanción moratoria, al señalar que la entidad demandada incurrió en mora en el reconocimiento y pago de la prestación y por tanto, debe ser condenada a reconocer la sanción que se reclama, por lo menos a partir del mes de noviembre de 2015, teniendo en cuenta la solicitud formal de reconocimiento que se hizo por la actora mediante petición radicada en las dependencias del Municipio de Otanche – Boyacá, el 18 de noviembre de 2018.

26. Así mismo, solicita que se reconozca el pago de intereses, bajo el entendido de que la mora en el reconocimiento de la prestación reclamada no puede traducirse en la pérdida de los intereses que sobre la misma deben calcularse -a cargo del Fondo que administra los recursos- porque la entidad empleadora no celebró en forma oportuna el convenio que debía y no realizó los aportes en forma oportuna.

27. Por último, señaló la recurrente que procede la condena en costas por cuanto el Municipio demandado resultó vencido en juicio y la trabajadora demandante intervino en el trámite procesal, incurriendo en gastos del proceso y en actuación por conducto de apoderada judicial.

**2.4.- Trámite en segunda instancia**

28. Concedido el recurso de apelación mediante auto de fecha 04 de marzo de 2022, correspondió por reparto al Suscrito Magistrado Ponente, habiéndose dictado auto admisorio del recurso de apelación el día 19 de abril de los cursantes; sin pronunciamiento de las partes en el término de ejecutoria, ingresó al Despacho para decisión de instancia.

1. **CONSIDERACIONES**

**3.1.- Competencia**

29. El Art. 153 de la Ley 1437 de 2011 prevé que los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

30. En consonancia con lo anterior, el artículo 328 del Código General del Proceso, establece que el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio.

31. En ese contexto, procederá la Sala al análisis de los argumentos que sustentan el recurso de apelación presentado por el Municipio de Covarachía, previo planteamiento del problema jurídico, tal como se sigue.

**3.2.- El problema jurídico**

32. De acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación presentado por la parte actora, el problema jurídico se contrae a determinar si es procedente el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías en favor de la demandante MARÍA FRANCEY LÓPEZ –beneficiaria del régimen retroactivo de cesantías-; así mismo deberá la Sala establecer si procede el reconocimiento de intereses sobre la parte del auxilio de cesantía que no le ha sido reconocido en forma oportuna por el empleador. Finalmente se determinará si procede emitir condena en costas.

**3.3.- Régimen de cesantías aplicable a los empleados públicos**

33. Es de recordar que el auxilio de cesantías en principio fue contemplado como un derecho en favor de los trabajadores del sector privado a través de la Ley 10 de 1934, otorgándole un carácter indemnizatorio que operaba por el despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato; y en virtud de la Ley 6 de 1945, se extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

34. Fue así que la Ley 6.ª de 1945 en el Art. 17, señaló 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.º de enero de 1942[[4]](#footnote-4)

35. A su turno, mediante el Art. 1° del Decreto 2767 de 1945 se extendieron la totalidad de las prestaciones sociales consagradas en el artículo 17 de la Ley 6 de 1945 a los empleados de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios, que incluyó el auxilio de cesantía[[5]](#footnote-5).

28. Más adelante, la Ley 65 de 1946 se refirió al carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que este auxilio debe ser pagado independientemente del motivo del retiro, de modo que se le sustrajo de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una **prestación social**, que fue recogida así en el Código Sustantivo del Trabajo; la citada ley modificó las disposiciones sobre cesantías, beneficios que también fueron extendidos a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios. Por su parte, el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946 definió los parámetros para su liquidación y el Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947 previó que se tendría derecho a dicho auxilio, el empleado inscrito o no en carrera administrativa, sea cual fuere la causa de su retiro, con la aclaración de que el monto de la prestación era equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente al tiempo laborado, si era inferior a ese lapso.

36. Es así que, tal 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.

37. Posteriormente, mediante el Decreto 3118 de 1968 se creó el Fondo Nacional del Ahorro (FNA), como un establecimiento público vinculado al otrora Ministerio de Desarrollo Económico, que, dentro de sus objetivos previstos en el Art. 2° señaló:

*“a. Pagar oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales;*

*b. Proteger dicho auxilio contra depreciación monetaria, mediante el reconocimiento de intereses sobre las sumas acumuladas a favor del empleado o trabajador;*

*c. Contribuir a la solución del problema de vivienda de los servidores del Estado;*

*d. Contribuir a la mejor organización y funcionamiento de los sistemas de seguridad social y a la futura unificación de sus servicios;*

*e. Saldar el déficit actual por concepto de cesantías del sector público y establecer sistemas adecuados y reservas suficientes para atender oportunamente el pasivo a cargo del Estado por tal concepto, y*

*f. Promover el ahorro nacional y encauzarlo hacia la financiación no inflacionaria de proyectos de especial importancia para el desarrollo económico y social…”*

38. Dicho Decreto, estableció que se debían liquidar y entregar al Fondo Nacional del Ahorro las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del estado del orden nacional, con excepción de las de los miembros de las cámaras legislativas y de sus empleados, los miembros de las Fuerzas Militares, la Policía y el personal civil del ramo de la defensa nacional.

39. En relación con la liquidación de las cesantías, el artículo 27 del citado Decreto 3118 de 1968, señaló:

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

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

40. Así entonces, desde la expedición del referido Decreto 3118 de 1968, empezó en el sector público el desmonte de la retroactividad de la prestación referida, para dar paso al sistema de liquidación anualizado, que en principio no era aplicable a los servidores públicos del orden territorial, quienes se encontraban sujetos al régimen de cesantías dispuesto en las Leyes 6.ª de 1945 y 65 de 1946, esto es, al retroactivo; no obstante, con las disposiciones que modificaron su naturaleza y cobertura, permitieron la afiliación a éste de los empleados de las entidades territoriales y sus entes descentralizados (Ley 432 de 1998 y Decreto 1453 de 1998).

41. Por su parte, la Ley 50 de 1990 cambió el régimen de cesantías en el sector privado al anualizado, cuyas características fueron explicadas en el Art. 99 así: de la siguiente manera:

*“ (…) 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. (…)”*

42. A su turno, el artículo 13 de la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996 “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”, 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.

43. Posteriormente, se expidió el Decreto 1582 del 5 de agosto de 1998 que amplió el régimen de cesantías de que trata la Ley 50 de 1990 (anualizado) a los servidores públicos del orden territorial, así:

*“(…) El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998. (…)”*

44. En el caso de aquellos que se hubieran vinculado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad y que decidieran acogerse al previsto en la precitada Ley 344 de 1996, el artículo 3 del Decreto 1582 de 1998 previó 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 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.”*

45. Sobre el particular, el Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016[[6]](#footnote-6), en la cual se señaló:

*“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 1° del Decreto 1582 de 1998.”*

46. De lo anterior se colige que coexisten dos regímenes de cesantías, las retroactivas que son viables 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.

47. No obstante, a 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 el Art. 3° como procedimiento necesario para el precitado cambio.

48. Sumado a ello, el Decreto 1252 del 30 de junio de 2000, en el Art. 2, conservó el régimen de cesantías retroactivas para los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000 lo disfrutaban, hasta la terminación de la relación laboral.

49. En el mismo sentido, el Decreto 1919 del 27 de agosto de 2002, que extendió el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional, a los servidores del orden territorial, en el artículo 3 previó que: *“…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...”.*

**4.- CASO CONCRETO**

50. Al analizar el caso de la demandante MARÍA FRANCEY LÓPEZ, se advierte que, de acuerdo con los medios de prueba obrantes en el plenario, se acreditaron los siguientes presupuestos:

* Que mediante Decreto No. 032 del 1 de mayo de 1995 la demandante MARÍA FRANCEY LÓPEZ fue nombrada en provisionalidad por el término de 4 meses para ocupar el cargo de Técnico Agropecuario de la UMATA del Municipio de Otanche, Código 402, grado 02[[7]](#footnote-7).
* Que por Decreto No. 055 del 26 de septiembre de 1995, la demandante fue nombrada en provisionalidad para ocupar el cargo de Técnico Agropecuario de la UMATA del Municipio de Otanche, Código 402, grado 02.
* Que a través del Decreto No. 020 del 31 de julio de 1996, la demandante fue nombrada en propiedad a partir del 1 de agosto de 1996 como Técnico Agropecuario de la UMATA del Municipio de Otanche, Código 402, grado 02, tomando posesión a partir del 1º de agosto de 1996.
* Que la demandante fue inscrita en el Registro Público de Empleados de Carrera Administrativa en el cargo de Técnico UMATA, Código 402, Grado 02 del Municipio de Otanche.
* Que demandante fue encargada para desempeñar el cargo de Técnico del SISBEN, a partir del 5 de enero de 2004 y luego por Decreto 06 del 27 de febrero de 2007, encargada para desempeñar el cargo de Técnico del SISBEN, Código 401, grado 03 de la Planta de la Administración Central del Municipio de Otanche.
* Que por Resolución No. 43 A del 5 de marzo de 2012, la demandante fue nombrada en encargo para desempeñar el cargo de Profesional Universitario en el área de talento humano Código 210, grado 03 en la Planta de personal de la Administración Central del Municipio de Otanche.
* Que la demandante fue nombrada en comisión, para desempeñar un empleo de libre nombramiento de la Administración Municipal de Otanche, por medio de la Resolución No. 250 del 15 de noviembre de 2012.
* Que por medio de la Resolución No. 019 del 19 de enero de 2016, se ordenó el reintegro de la demandante al cargo del cual ostenta los derechos de carrera administrativa.
* Que la demandante presentó peticiones durante los años 1997 a 2018, por las cuales solicitó a la Administración Municipal de Otanche el reconocimiento y pago de sus cesantías como empleada de carrera o la consignación de las mismas en el Fondo respectivo, por el periodo comprendido entre el 01 de mayo de 1995 y el 30 de diciembre de 2011.
* Que por Oficio SG 210.05-2018-170 del 14 de diciembre de 2018, el Alcalde del municipio de Otanche da respuesta al derecho de petición de fecha 28 de noviembre de 2018, relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías a la demandante por el periodo comprendido entre el 01 de mayo de 1995 y el 30 de diciembre de 2011, negando lo solicitado por la peticionaria.
* Que el Fondo de Cesantías Protección, indicó frente la señora María Francey López la afiliación inició el 21 de febrero de 2013 con el pago realizado por la empresa ALCALDÍA MUNICIPAL DE OTANCHE.

51. Memora la Sala que la sentencia que puso fin a la primera instancia declaró la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. SG 210.05- 2018-170 del 14 de diciembre de 2018, al concluir que se desconoció el régimen retroactivo de cesantías de que es beneficiaria la demandante y consecuente con ello, ordenó al Municipio de Otanche, pagar a favor de la demandante MARÍA FRANCEY LÓPEZ los aportes correspondientes a las cesantías causadas en el periodo comprendido entre el 1° de mayo de 1995 y el 30 de diciembre de 2011, a fin que al momento en que la demandante solicite el pago parcial o definitivo de sus cesantías acumuladas desde la fecha de su vinculación a la entidad hasta la fecha de la solicitud respectiva, el Fondo en mención tenga los recursos suficientes para efectuar dicho pago con base en el último sueldo devengado por la servidora, incluyendo primas, sobresueldos, bonificaciones y cualquier otro emolumento que devengue como retribución permanente de los servicios. Adicionalmente, el A quo negó las demás pretensiones de la demanda y no impuso condena en costas.

52. El objeto de la apelación gira en torno al no reconocimiento de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, al no reconocimiento de intereses a las cesantías y a la no imposición de condena en costas.

53. Así, en primer lugar, dirá la Sala que en lo que tiene que ver con la sanción moratoria la juez de instancia señaló que es improcedente tal solicitud, en la medida en que la señora MARÍA FRANCEY LÓPEZ pertenece al régimen de cesantías retroactivas y en tal virtud, los trabajadores vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, que no se hayan acogido de manera expresa y voluntaria al régimen de liquidación anual de cesantías de que trata la Ley 50 de 1990, no tienen derecho al reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías, consistente en el pago un día de salario por cada día de retardo, toda vez que dicha penalización fue consagrada para el régimen de liquidación anual.

54. Por su parte, la recurrente sostiene que la entidad accionada debe ser condenada al pago de sanción por mora al menos desde el mes de noviembre de 2015, teniendo en consideración que presentó petición en tal sentido ante el Municipio de Otanche el día 18 de noviembre de 2018.

55. En este punto, la Sala advierte que tal como determinó el A quo, la demandante MARÍA FRANCEY LÓPEZ pertenece al régimen retroactivo de cesantías y en tal virtud no es procedente el reconocimiento de la sanción moratoria, al tratarse de una penalización prevista para el régimen anual de cesantías; así lo señaló en Consejo de Estado al precisar:

*“Así las cosas,* ***los trabajadores vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, como es el caso del demandante, que no se hayan acogido de manera expresa y voluntaria al régimen de liquidación anual de cesantías de que trata la Ley 50 de 1990, no tienen derecho al reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías, consistente en el pago un día de salario por cada día de retardo, toda vez que dicha penalización fue consagrada para el régimen de liquidación anual.***

*Además, el demandante no aportó al proceso documento alguno que acredite la manifestación expresa de su voluntad de cambiarse del régimen retroactivo al sistema anualizado, medio probatorio idóneo y acreditativo de la expresión libre y voluntaria del empleado de cambiarse de régimen. En ese orden, el plenario carece de prueba por medio de la cual el demandante demuestre haber manifestado de forma expresa su decisión de cambiarse al régimen anualizado, por lo que no le asiste derecho al pago de la sanción moratoria consagrado en la Ley 50 de 1990 para el período comprendido entre el año 2003 y el 2010.”[[8]](#footnote-8) –*Resalta la Sala

56. Por otra parte, en lo relacionado con la pretensión de pago de intereses a las cesantías, el A quo la negó al considerar que en el sistema retroactivo de cesantías al que pertenece la demandada, no es dable tal reconocimiento ya que tal prestación se liquida con base en último sueldo devengado, lo que a su vez evita la depreciación del auxilio, motivo por el cual este concepto no es compatible con este régimen. Contrario a ello, la recurrente plantea que la mora en el reconocimiento de la prestación reclamada no puede traducirse en la pérdida de los intereses que sobre la misma deben calcularse por cuanto la entidad empleadora no celebró oportunamente el convenio, ni realizó los aportes en tiempo.

57. Al respecto, dirá la Sala que no le asiste razón a la recurrente como quiera que, en aplicación del régimen retroactivo de cesantías, éstas se liquidan con base en el último sueldo devengado por la beneficiaria, sin lugar a intereses, habida cuenta que los intereses a las cesantías buscan evitar la depreciación del auxilio monetario, lo cual no ocurre en el sistema retroactivo por cuanto al liquidarse el auxilio con el último salario devengado no se presenta el fenómeno depreciativo de la moneda; sobre el particular, el Consejo de Estado ha precisado:

*“En concordancia con lo anterior, tal como lo indicó el a quo y la parte demandante en su apelación, el sistema de liquidación de cesantías aplicable a la demandante es el retroactivo. Lo anterior, por cuanto su vinculación con el Departamento de La Guajira ocurrió el 15 de noviembre de 1989(8), es decir con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996 (30 de diciembre de 1996). (…)*

*De acuerdo con lo precedente, el auxilio de cesantía de la demandante se ha debido liquidar al momento de la finalización de su vínculo laboral, es decir, con el último salario devengado multiplicado por los años laborados en dicha entidad. … Como consecuencia de ello, al ser Olays Orozco Mindiola beneficiaria del régimen de retroactividad* ***no tiene derecho al pago de intereses a las cesantías por parte del empleador porque este beneficio es exclusivo del sistema anualizado…”***

*En ese sentido, esta corporación ha sostenido lo siguiente:*

*“En el sistema retroactivo de las cesantías, como ya lo ha precisado la Sala, se liquida con base en el último sueldo devengado lo que evita la depreciación del referido auxilio monetario; mientras que en los demás regímenes se les aplica el sistema de liquidación definitiva anual con el manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, lo que incluye el pago de intereses por parte del empleador. Para los servidores que se vinculen al Fondo Nacional de Ahorro rige la liquidación anual de cesantías y el pago de intereses por parte del Fondo.”*

58. Por último, en cuanto se refiere a la condena en costas, señaló la recurrente que procede la condena en costas por cuanto el Municipio demandado resultó vencido en juicio, sumado a que la parte actora intervino en el trámite procesal y tuvo que incurrir en el pago de honorarios de abogado para su representación administrativa y judicial; en ese punto, el A quo señaló que no había lugar a condena en costas por no aparecer probadas.

59. Sin embargo, la Sala considera que tal como señala la recurrente, se causaron costas en la primera instancia, acreditadas en el plenario con el pago de gastos ordinarios del proceso[[9]](#footnote-9), la actividad de la defensa judicial de la parte actora[[10]](#footnote-10), la asistencia a audiencia inicial[[11]](#footnote-11) y de pruebas[[12]](#footnote-12), así como con la presentación de alegaciones de conclusión[[13]](#footnote-13); se advierte entonces que el aparato judicial debió moverse para resolver el asunto de la referencia, por cuanto el demandante debió contratar los servicios de un abogado que promoviera en su nombre la respectiva demanda en procura de representar sus intereses, por lo que contrario a lo decidido por el A quo, esta Sala considera que si era procedente la condena en costas de la primera instancia y en consecuencia, procederá a revocar la decisión en tal sentido.

60. Como consecuencia de todo lo anterior, la Sala procederá a confirmar la decisión de primer grado, salvo en lo que tiene que ver con la imposición de costas de primera instancia que se revocará para, en su lugar, imponer tal condena. Para la fijación de las agencias en derecho se procederá en la forma establecida en el artículo 366 *ibídem.*

61. Finalmente, en cuanto a las costas en segunda instancia, la Sala considera que no es procedente condenar en costas en esta instancia por cuanto el numeral 8 del artículo 365 establece que “solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”, cuestión que no se verifica en el trámite de la apelación en el asunto de la referencia, como quiera que no se presentó actuación alguna en la presente instancia.

1. **DECISION**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el día 11 de febrero de 2021 por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, por las razones expuestas en las motivaciones precedentes, salvo el numeral cuarto que se revoca y quedará así:

***“CUARTO: Condenar*** *en costas de primera instancia a la parte demandada MUNICIPIO DE OTANCHE por ser la parte vencida y por haberse causado de conformidad con las previsiones del Art. 365 del CGP. Para la fijación de las Agencias en Derecho se procederá en la forma establecida en el artículo 366 ibídem.***”**

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en esta instancia.

**TERCERO:** Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría **ENVIAR** el expediente al Despacho de origen.

**NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.**

Los Magistrados

(Firmado electrónicamente en SAMAI)

**FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS**

(Ausente con permiso)

**FABIO IVAN AFANADOR GARCÍA**

(Firmado electrónicamente en SAMAI)

**LUIS ERNESTO ARCINIEGAS**

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Demandante: MARÍA FRANCEY LÓPEZ

Demandado: MUNICIPIO DE OTANCHE

Radicación: 15001 33 33 009 2019 00092 - 01

1. Expediente Digital Archivo 002, 004 [↑](#footnote-ref-1)
2. Expediente Digital Archivo 037 [↑](#footnote-ref-2)
3. Expediente Digital Archivo 039 [↑](#footnote-ref-3)
4. 2. «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. […]». [↑](#footnote-ref-4)
5. «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.» [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 25 de agosto de 2016. Radicación 8001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16.

  [↑](#footnote-ref-6)
7. Archivo 002 [↑](#footnote-ref-7)
8. CONSEJO DE ESTADO, *SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO,* SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, Nulidad y restablecimiento del derecho.- Nulidad y Restablecimiento del derecho.- [↑](#footnote-ref-8)
9. Archivo 005 [↑](#footnote-ref-9)
10. Poder Archivo 002 [↑](#footnote-ref-10)
11. Archivo 012 [↑](#footnote-ref-11)
12. Archivo 020 [↑](#footnote-ref-12)
13. Archivo 034 [↑](#footnote-ref-13)