

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



Libertad y Orden
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA
Sala Cuarta de Decisión

Montería, seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Sentencia

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Expediente No. 23-001-23-33-000-2014-00458

Demandante: Pablo González Rodríguez

Demandado: Municipio de San Andrés de Sotavento

Magistrado Ponente: Dr. Luís Eduardo Mesa Nieves

En uso de las facultades conferidas por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998¹, y por el párrafo 1 del artículo 16 de la Ley 1285 de 2009², los cuales establecen que se podrá determinar un orden de carácter temático para la elaboración y estudio de los proyectos de sentencia; en atención a la naturaleza del asunto bajo estudio, y alterando el turno de los procesos que se encuentran para fallo, por cuanto esta Corporación ya ha proferido decisiones sobre el tema objeto de debate; se procede a dictar sentencia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurado por el señor Pablo González Rodríguez a través de apoderado, contra el Municipio de San Andrés de Sotavento.

I. ANTECEDENTES

a) Hechos

Se expresa en la demanda que el señor Pablo González Rodríguez, sirve al Municipio de San Andrés de Sotavento en el cargo de Celador del Palacio Municipal (Código 477-Grado 01), vinculado mediante Decreto N°. 05 de julio de 1988.

Informa que se encuentra afiliado al Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte BBVA, desde el 17 de febrero de 2012; y que el Municipio de San Andrés de

¹ ORDEN PARA PROFERIR SENTENCIAS. Es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal. Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica y trascendencia social. (Negrillas fuera del texto).

²Apruébese como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:

Artículo 63A. Del orden y prelación de turnos. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Cuando existan razones de seguridad nacional o para prevenir la afectación grave del patrimonio nacional, o en el caso de graves violaciones de los derechos humanos, o de crímenes de lesa humanidad, o de asuntos de especial trascendencia social, las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia, las Salas, Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado, la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura o la Corte Constitucional, señalarán la clase de procesos que deberán ser tramitados y fallados preferentemente. Dicha actuación también podrá ser solicitada por el Procurador General de la Nación. (...)

PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en el presente artículo en relación con la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se entenderá sin perjuicio de lo previsto por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998..."

Sotavento de Córdoba ha incurrido en mora en la liquidación y consignación de las cesantías anualizadas del actor, lo cual ha sido solicitado mediante peticiones de 9 de junio de 1998, noviembre 23 de 2000, 23 de julio de 2001, 12 de agosto de 2003, 9 de agosto de 2004, 26 de junio de 2007, 1º de septiembre de 2008, 16 de agosto de 2010 y 12 de mayo de 2014, todas sin respuesta, excepto la adiada de fecha 12 de mayo de 2014 que fue decidida en forma negativa mediante oficio de 27 de mayo de 2014.

Agrega que dentro del término presentó la observación respectiva a fin de que se incluyera dentro del listado de acreencias del municipio, lo correspondiente a la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990.

b) Pretensiones

Con base en los hechos narrados, solicitó lo siguiente:

- Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio de fecha 27 de mayo de 2014, notificado el 3 de junio de 2014, expedido por el Alcalde del Municipio de San Andrés de Sotavento, el cual resolvió en forma negativa la petición elevada por el demandante tendiente a obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
- Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene al Municipio de San Andrés de Sotavento, reconocer y pagar al demandante la sanción moratoria contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la mora en la liquidación y consignación de las cesantías anualizadas del actor,.
- Que las sumas reconocidas deben ser indexadas, con el fin de compensar la pérdida del poder adquisitivo de los dineros dejados de percibir por el demandante.

c) Fundamentos de derecho y concepto de la violación

Se invocan como normas vulneradas la Ley 344 de 1996, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Reglamentario 1582 de 1998.

En síntesis, en el concepto de la violación, se indica que conforme el certificado de tiempo de servicios de fecha 17 de julio de 2012, al señor González Rodríguez no se le consignaron aportes al fondo privado por ningún concepto, por lo que al omitir la entidad demandada consignar de manera oportuna el auxilio de cesantías, incurrió en el supuesto de hecho normativo previsto que se cause la sanción por mora a que se refiere el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Transcribió los preceptos normativos pertinentes y citó las siguientes providencias judiciales: (i) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B" Rad. 07001233100020080039401; (ii) Tribunal Administrativo de Córdoba, Radicado No. 230012333004201200097.

II. TRAMITACIÓN PROCESAL

1. Admisión de la demanda.

Mediante providencia de 28 de noviembre de 2014 se avocó conocimiento del proceso de la referencia, remitido por competencia por el factor cuantía. (fl. 90)

Por auto de 26 de enero de 2015 (fl. 93) fue admitida la demanda y se ordenó notificar personalmente el auto admisorio de la demanda a las partes y al señor Agente del Ministerio Público.

2. Contestación de la demanda

A través de escrito presentado el 10 de marzo de 2015 (fls 102-109), se da contestación a la demanda, en el cual se aceptan como ciertos algunos hechos y dice que otros no lo son. En cuanto a las pretensiones, se opone a cada una de ellas por cuanto el acto administrativo demandado no ha contrariado norma alguna del ordenamiento jurídico.

Indica que para efectos de la liquidación de las cesantías en forma anualizada, se han de reunir los siguientes requisitos: (i) el empleado ha debido vincularse a partir del 31 de diciembre de 1996; (ii) el empleado ha de afiliarse a un fondo privado de cesantías que voluntariamente haya escogido o; (iii) el empleado debe haber manifestado en forma expresa e inequívocamente su intención de afiliarse a un fondo de cesantías.

Reitera que el accionante se vinculó con el Municipio de San Andrés de Sotavento a partir del 5 de julio de 1988 por lo que el régimen aplicable para su caso era el de retroactividad de las cesantías, y no existe prueba sobre su petición de traslado al nuevo régimen o que haya manifestado su voluntad en forma expresa y por escrito, por lo que no puede beneficiarse de la sanción pretendida.

Por lo anterior considera que deben despacharse en forma desfavorable las súplicas de la demanda. Propuso las siguientes excepciones:

- **Inexistencia de la obligación:** El señor Pablo González Rodríguez no tiene derecho alguno al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 344 de 1996 y ley 50 de 1990 toda vez que a éste le era aplicable el régimen retroactivo de cesantías y no el anualizado, en consecuencia el ente territorial no tenía la obligación de consignar de manera anualizada el auxilio.
- **Prescripción de los derechos:** la cual considera se materializa respecto de los derechos reclamados con anterioridad al 12 de mayo de 2011, teniendo en cuenta la fecha de la reclamación administrativa.

3. Traslado de las excepciones.

La parte demandante se pronunció oponiéndose a las excepciones invocadas por la entidad demandada, en el término concedido por ley (fl. 113-123). Para el efecto reiteró los argumentos expuestos en el libelo demandatorio.

4. Audiencia Inicial (artículo 180 del C.P.A.C.A.)

A través de auto de fecha 18 de junio de 2015 (fl 125) se fijó como fecha para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. el 02 de julio de 2015 a las 9.30 A.M.

Llegada la fecha y hora señaladas, se celebró la audiencia inicial, y luego de agotadas cada una de las etapas establecidas en el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se tomaron, entre otras, las siguientes decisiones (fls. 138-148):

- Fijar el litigio.
- Declarar fallida la posibilidad de conciliación, en razón a la manifestación de las partes al respecto.
- Decretar pruebas, y fijar fecha para celebrar la audiencia de pruebas.

5. Audiencia de pruebas

En fecha de 30 de julio de 2015 (fl 183-188), se llevó a cabo la audiencia de pruebas, practicándose las decretadas en la audiencia inicial, y toda vez que hizo falta la aportación de material probatorio, se requirió nuevamente y se fijó nueva fecha para continuar la audiencia de pruebas.

En audiencias de pruebas celebradas los días 12 y 21 de agosto de 2015 (fls.232-235, 253-257), vencido el término probatorio, se dispuso la terminación de esta etapa. Asimismo, se consideró innecesaria la celebración de la audiencia de alegación y juzgamiento, por lo que se ordenó a las partes y al Ministerio Público la presentación de los alegatos por escrito, dentro de los 10 días siguientes a la audiencia de pruebas.

5. Alegatos de conclusión.

-Parte Demandante: Se ratificó en los argumentos expuestos en la demanda. Señala que el régimen retroactivo de cesantías y su liquidación quedó prohibido para los funcionarios del sector salud, por mandato del artículo 242, parágrafo 3º de la Ley 100 de 1993; norma que fue reglamentada por el artículo 13 del decreto 439 de 1995. Sobre el tema, citó la sentencia de 17 de abril de 2013 proferida por el H. Consejo de Estado, dentro del proceso con radicado No. 2007-0002010-01 (2664-11).

Sobre la prescripción del derecho que se reclama, destaca que de acuerdo con la jurisprudencia se infiere que mientras se encuentre vigente el contrato de trabajo, no se puede hablar de prescripción del derecho social, cual es el de las cesantías.

-La Parte demandada: Reiteró los fundamentos de hecho y de derecho esgrimidos en la contestación de la demanda, en especial lo referente a la oposición a las pretensiones de la demanda en tanto el señor Pablo González Rodríguez se encuentra en el Régimen de cesantías retroactivo, hecho que según informa, susceptible de ser acreditado a partir de acervo probatorio recaudado dentro del proceso.

No observando causal que invalide lo actuado, se procede a proferir sentencia de fondo, previas las siguientes;

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Según el litigio fijado en la audiencia inicial, el **problema jurídico** se contrae a determinar si el acto administrativo contenido en el oficio sin número y de fecha 27 de mayo de 2014 está viciado de nulidad, y si en el evento de declararse nulo, tendría la parte actora derecho a que se condene al ente demandado a que reconozca y pague a la parte actora la sanción o indemnización moratoria establecida en la Ley 344 de 1996, y la Ley 50 de 1990, por la consignación tardía de las cesantías a un fondo público o privado, de los años 1998 a 2003 y 2008 a 2010, esto a pesar de estar el municipio demandado acogido a un proceso de reestructuración de pasivos conforme a la ley 550 de 1999; o si por el contrario debido a que el municipio demandado, San Andrés de Sotavento, se encuentra en el citado proceso de reestructuración de pasivo, puede el municipio demandado sustraerse de tal obligación.

Para resolver el litigio así propuesto, se requiere despejar en ambos procesos los siguientes interrogantes:

¿Está probada la consignación tardía de las cesantías en el presente asunto?

¿El régimen de cesantías aplicables a la parte actora es el anualizado?

¿Hay lugar a que un municipio que ha suscrito acuerdo de reestructuración de pasivos conforme la Ley 550 de 1999, pueda abstenerse de pagar una sanción moratoria por la no consignación oportuna de las mismas a un servidor público?

¿Tiene alguna relevancia en este caso el concepto de la buena fe, para el eventual no pago de una sanción moratoria?

¿Qué ha dicho la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado frente al tema de la sanción moratoria establecida en la Ley 344 de 1996 y en la Ley 50 de 1990?

En caso de determinarse que a la parte actora le asiste el derecho reclamado ¿cómo se liquidaría la sanción solicitada?

¿Procede ordenar la indexación de las sumas que eventualmente se condenaren a pagar en favor de la parte actora?

¿En caso de determinar si a la parte actora le asiste el derecho, las pretensiones de la demanda están prescritas?

➤ **Cuestión previa -Tacha de falsedad-**

En la audiencia de pruebas, el apoderado de la parte demandante tachó de falsa la prueba documental contentiva de la certificación emanada del señor Ormandy David Polo Suárez, quien en calidad de Jefe de Sección de Servicios Generales del municipio de San Andrés de Sotavento, certificó que teniendo en cuenta la fecha de

vinculación del demandante, la entidad aplicó el régimen de cesantías retroactivo, toda vez que el referido exfuncionario nunca presentó petición de traslado al régimen anualizado. La misma se sustenta en que por los años 2004 a 2007 al señor González Rodríguez le fue reconocido y liquidado el auxilio de cesantías en forma anualizada, lo que según su dicho permite inferir que pertenecía a ese régimen (fl 205).

La parte demandada, al descorrer traslado de la tacha, solicitó que se requiriera al municipio demandado a fin de que aportara los actos por los cuales reconoció cesantías al demandante correspondiente a los años 2004 a 2007, lo cual fue ordenado por el Magistrado sustanciador (fls 183 a 188).

Ahora bien, respecto a la tacha en mención, estima la Sala que no resulta procedente la misma, puesto que, nos encontramos frente a una tacha por falsedad ideológica más no por falsedad material; es decir, no se alega la alteración o modificación al documento *-en este caso a la certificación emanada del señor Polo Suárez-*.

En torno a la improcedencia de la tacha por falsedad ideológica, el H. Consejo de Estado³ se ha pronunciado, precisando las diferencias entre aquella y la falsedad material, así:

“En época más reciente, conforme con la jurisprudencia de la Sección, en sentencia de 19 de septiembre de 2008¹² la Sala concluyó:

“...los documentos en general, y entre ellos los documentos públicos, pueden ser objeto de falsedad, en dos modalidades: material e ideológica. Si se trata de falsedad material el medio judicial idóneo para redargüir la autenticidad del documento público es el incidente de tacha de falsedad previsto en los artículos 289 y ss, donde se entra a establecer si el mismo ha sido objeto de alguna alteración en su texto a través de tachaduras, borrones, supresiones, en fin todo aquello que conduzca a mutar su tenor literal. A contrario sensu, el mismo incidente no opera si la falsedad es ideológica, pues consistiendo la misma en la falsedad intelectual del contenido del documento, su demostración queda sujeta a la libertad de medios probatorios, de modo tal que el interesado en provocar su declaración puede valerse de diferentes pruebas para acreditar que pese a la autenticidad de un documento, su literalidad refleja una realidad que dista ostensiblemente de la verdad.”

Este criterio jurisprudencial de la Sala es compartido por otras secciones de la Corporación. A manera de ejemplo, la Sección Segunda por auto de 10 de noviembre de 2010, respecto de la improcedencia del incidente de tacha fundado en la falsedad ideológica del documento, explicó:

“El apoderado de la parte demandante propone la falsedad ideológica y material del documento —recibo de caja 6752- al indicar que fue alterada su fecha y pone en duda la veracidad de su contenido.

La primera, de llegar a existir, no es susceptible de ser decidida mediante incidente especial, ni de tacha de falsedad en ningún proceso, de modo que resulta

³ Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta - C.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro - Providencia de 29 de octubre de 2013 - proceso bajo radicado N° 11001 03 28 000 2012 00058 00.

improcedente, pues esta deberá ser objeto de pronunciamiento al resolverse el fondo del asunto, atendiendo los medios probatorios existentes en el proceso."

En el sub iudice, tal como se anunció el apoderado del demandante no hizo reproche o manifestación respecto de posibles alteraciones, modificaciones o supresiones al documento tachado, sino que objeta el contenido y veracidad del mismo, lo cual de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia citada se refiere a una presunta falsedad ideológica, lo cual no es susceptible de ser estudiado dentro de este proceso.

Así entonces, teniendo en cuenta los anteriores argumentos, resuelve esta Colegiatura, rechazar por improcedente la tacha de falsedad presentada por la parte demandante, contra la certificación expedida por el señor Ormandy Polo Suárez, que milita a folio 159 del expediente y que se refiere al régimen de cesantías al cual se encuentra afiliado el demandante.

Respecto al mérito probatorio del documento, se anuncia que se determinará en el análisis del caso concreto al confrontarlo con los demás medios de convicción del proceso, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

3.1 Marco normativo y jurisprudencial Aplicable.

Del Régimen Especial Anualizado de Cesantías

En orden a establecer la legislación aplicable al demandante es del caso anotar que la Ley 50 de 28 de diciembre 1990 estableció el régimen especial anualizado de liquidación de cesantías y modificó el sistema de liquidación, reconocimiento y pago de las mismas en el sector privado, a través de los llamados fondos de cesantías.

Las características de este régimen anualizado se concretaron en el artículo 99 de la misma ley, así: (i) liquidación definitiva de las cesantías a 31 de diciembre de cada año, 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; (ii) cancelación al trabajador de 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; (iii) 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; y (iv) si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

Dicho artículo, fija un plazo dentro del cual las entidades deben consignar en el respectivo Fondo las cesantías de los empleados, so pena de incurrir en mora:

"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.**” (Negrillas de la Sala)

En efecto, además de contemplar que a 31 de diciembre de cada año el empleador debe hacer una liquidación definitiva de las cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 previó como sanción moratoria un día de salario por cada día de retardo, en el evento en que el empleador no consigne la cesantía definitiva por la anualidad o fracción correspondiente antes del 15 de febrero del año siguiente en el fondo elegido por el trabajador.

Dicho régimen anualizado se hizo extensivo a las entidades territoriales en virtud de la Ley 344⁴ de 1996 del 27 de diciembre de 1996. El artículo 13 estableció el nuevo régimen de cesantías anualizado y el sistema a aplicar para las personas vinculadas con el Estado, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, **a partir de la publicación de la presente Ley**, las personas que se vinculen a los Organos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

a) **El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;**

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.

<Inciso 3o. INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.”

(Negrillas fuera del texto)

A su turno, el Decreto 1582 de 1998 -reglamentario del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 precitado y vigente desde el 10 de agosto de 1998- fue el que trajo consigo la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable a partir de la entrada en vigencia de dicho decreto. El artículo primero dispuso:

“Artículo 1º.- 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.”

En el caso de aquellos que se hubieran vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad y que decidieran

⁴ “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”.

acogerse al previsto en dicha Ley, se estableció el siguiente procedimiento:

- (...)a) La entidad pública realizará la liquidación definitiva de las cesantías a la fecha de la solicitud de traslado;
- b) La entidad pública entregará el valor de la liquidación a la administradora seleccionada por el trabajador;
- c) En lugar de entregar dicha suma de dinero, las entidades territoriales podrán emitir a favor de cada uno de los servidores públicos que se acojan a este régimen, un título de deuda pública por el valor de la liquidación de las cesantías, con las características que se señalan más adelante, previo el cumplimiento de los trámites legales necesarios para su expedición.(...)"

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

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

Así las cosas, si un servidor público vinculado con anterioridad al 31 de diciembre de 1996 desea acogerse al régimen contemplado en la Ley 344 de 1996, esto es el régimen de cesantías anualizado, deberá solicitarlo en forma expresa, pues tal hecho no se presume por la mera afiliación a un fondo de cesantías privado, ya que el artículo 2º del Decreto 1582 de 1998, permite que las entidades administradoras creadas por la Ley 50 de 1990 administren en cuentas individuales los recursos para el pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial que se encuentran bajo el sistema tradicional de retroactividad.

Sobre el particular el H. Consejo de Estado en sentencia de 5 de mayo de 2016, radicado 08001-23-31-000-2011-00729-01(0766-15) concluyó que ***"para que opere el cambio de régimen retroactivo de cesantías al anualizado es necesario que el servidor territorial vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, manifieste expresamente a la administración dicha determinación⁵. De no ser así, su afiliación a un fondo creado en virtud de la Ley 50 de 1990 tan sólo implica el cambio de administrador de dichos recursos. Es decir, para que opere el cambio de régimen retroactivo de cesantías al anualizado, el servidor público del orden territorial vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, debe manifestar expresamente a la administración su voluntad en ese sentido"***.

3.2 Lo probado en el proceso

Una vez delimitado el marco normativo y jurisprudencial en torno al tema bajo estudio, se procederá a analizar las pruebas obrantes dentro del proceso:

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de 8 de junio de 2006, Radicación número: 15001-23-31-000-2000-02249-01(8593-05), Actor: Ana Nemira Bernal Avila, C.P. Alejandro Ordoñez Maldonado.

A folio 24 del expediente, reposa certificación de tiempo de servicio No. 046-SG-2012 expedida el 17 de julio de 2012 por el Secretario de Gobierno del Municipio de San Andrés de Sotavento, en la cual informa que (i) el señor Pablo González Rodríguez fue vinculado a entidad en el cargo celador del Palacio Municipal (código 477, Grado 01) desde el 05 de julio de 1988; (ii) que con anterioridad a la fecha citada no se consignaron aportes a fondo alguno por las administraciones anteriores; y que (iii) la fecha de afiliación a Fondo de cesantías certificada por el Jefe de Sección Servicios generales, es el día 17 de febrero de 2012, horizonte BBVA.

A folio 156 el Contador Público Municipal de San Andrés de Sotavento certifica que "el señor GONZALEZ RODRÍGUEZ PABLO producto de su relación laboral con esa entidad, fue titular de una acreencia por valor total de \$36.763.572, por conceptos laborales y sobre cesantías se le reconoció un monto de \$20.636.934 (cesantías: 19.445.169 + indexación: 1.191.765); sumas que fueron transferidas a la entidad fiduciaria BBVA ASSET en el mes de enero de 2014 conforme el acuerdo de reestructuración.

El Coordinador del encargo fiduciario BBVA certificó que mediante abono en cuenta, se pagó el día 9 de enero de 2014 a favor del demandante la suma de \$36.763.572. (fl. 158)

A folio 157 se aportó copia de la liquidación de las cesantías del señor Pablo González Rodríguez, de la cual se extrae lo siguiente:

DATOS GENERALES	
Fecha de Ingreso	07-07-88
Fecha de corte parcial	05-09-12
TOTAL LABORADOS	DÍAS 8699
REGIMEN RETROACTIVO	
Liquidación de Cesantías	
Factores Salariales	
Asignación Básica	\$ 849.519
1/12 prima de navidad	\$ 70.793
1/12 prima de vacaciones	\$ 35.397
Salario base para la liquidación	\$ 955.709
TOTAL CESANTÍAS	\$ 23.093.643
PAGO PARCIAL CESANTÍAS (Resoluciones N° 1236/04, 1242/05, 038/07, 1488/07)	\$ 2.742.320
PAGO PARCIAL DE CESANTÍAS (BBVA Horizonte Cesantías 17 de febrero de 2012)	\$ 809.066
INTERESES CANCELADOS 2012	\$97.088
SALDOS A CANCELAR	\$19.445.169

A folio 159 el jefe de Sección de Servicios Generales del Municipio de San Andrés

de Sotavento certifica que el actor se vinculó con el Municipio de San Andrés de Sotavento el 5 de julio de 1988 hasta el 1º de abril de 2015, fecha en la cual fue retirado del servicio con ocasión del reconocimiento de su pensión de jubilación, y que “teniendo en cuenta la fecha de su vinculación, la entidad le aplicó el régimen de cesantías retroactivo, toda vez que revisada su hija de vida se verificó que el referido ex funcionario antes de esa fecha nunca presentó petición alguna a la administración de traslado al régimen anualizado.

Asimismo, fueron allegados los oficios de fechas 27 de diciembre de 2004, 27 de diciembre de 2005 y 27 de diciembre de 2007 suscritos por el señor Pablo González Rodríguez y otros, por medio de los cuales solicitan el reconocimiento y pago de las cesantías anuales. (fls. 214, 219-220, 225-226)

Se allegaron al plenario las Resoluciones Nos. 1236 de 31 de diciembre de 2004, 1242 de 29 de diciembre de 2005 y 1488 de 31 de diciembre de 2007 por medio de las cuales se reconoce el pago de unas cesantías a unos funcionarios de la Alcaldía de San Andrés de Sotavento (215-218, 221-229 y 227-230)

A folios 250 a 252 la Administradora de aportes PORVENIR S.A. allegó relación de los movimientos de la cuenta individual del demandante años 2012 a 2014

De esa manera, de las pruebas allegadas oportunamente así como de las recaudadas en virtud del decreto de pruebas hecho dentro del proceso, se infiere en forma razonable que el demandante es beneficiario del régimen retroactivo de cesantías previsto por la Ley 6ª de 1945 y demás normas complementarias, por las siguientes razones:

- Su vinculación laboral se dio antes de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, esto es el 05 de julio de 1988 por lo que la cobijaba el régimen retroactivo de cesantías.
- En el acto de liquidación de cesantías, cuyo contenido no fue controvertido, se advierte que para determinar el salario base, se tuvo en cuenta, al momento de realizar la operación aritmética, la última asignación básica más 1/12 parte de la prima de navidad, 1/12 parte de la prima de vacaciones y el tiempo laborado en la entidad, es decir que se aplicó lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947⁷, sobre el auxilio de cesantías en el régimen retroactivo.
- Asimismo se observa que no hubo liquidación ni reconocimiento de intereses sobre las cesantías liquidadas, pues tal concepto no está previsto en el régimen retroactivo
- Lo anterior se acompaña con lo certificado por el jefe de Sección de Servicios

⁶ Artículo 6º.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base 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 (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.

Parágrafo 1º.- Además, el cómputo se hará teniendo en cuenta no solo el salario fijo, sino todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones; pero no las sumas que ocasionalmente se den por mera liberalidad del patrono.

Es entendido que en el caso de que el trabajador haya recibido primas o bonificaciones que no tengan el carácter de mensuales, el promedio de la remuneración se obtendrá dividiendo el monto de dichas primas percibidas en el último año de servicio, por doce (12), y sumando tal promedio a la última remuneración fija mensual. (...)

⁷ Expedido por el Presidente de la República en ejercicio de sus atribuciones legales y teniendo en cuenta lo dispuesto por los artículos 1 y 2 de la Ley 65 de 1946; artículos 12, 13 y 17 de la Ley 6 de 1945; artículo 7 de la Ley 64 de 1946; y las disposiciones pertinentes del Decreto 2350 de 1944.

Generales del Municipio de San Andrés de Sotavento que informó que al demandante se le aplicó el régimen retroactivo y nunca presentó petición alguna solicitando el traslado de régimen al anualizado.

- Sobre los valores reconocidos en las resoluciones Nos. 1236 de 31 de diciembre de 2004, 1242 de 29 de diciembre de 2005 y 1488 de 31 de diciembre de 2007 destaca la Sala que corresponden a pagos parciales del auxilio descontados por ese concepto dentro de la liquidación de la acreencia visible a folio 157, lo cual no implican *prima facie* el traslado de régimen, máxime si como en el caso que se revisa, los actos invocan como normas aplicables aquellas que regulan el régimen retroactivo y además, del acervo probatorio se tiene que la afiliación del señor González Rodríguez al Fondo privado solo se produjo el 12 de febrero de 2012⁸

De otro lado examinado el expediente, no existe prueba alguna de que el señor Pablo González Rodríguez haya manifestado en forma expresa su deseo de optar por el régimen anualizado, ni que haya adelantado alguno de los trámites subsiguientes exigidos por el Decreto 1582 de 1998 para su traslado, esencialmente porque el mencionado Decreto no prevé la posibilidad de un cambio tácito de régimen, por cuanto esta es una actuación voluntaria del servidor⁹.

Aunado a lo anterior, debe precisarse que si bien los documentos allegados al plenario prueban que el demandante se encuentra afiliada a un fondo de cesantías privado, tal como se dijo en el acápite anterior, ese solo hecho no conlleva el cambio de régimen del retroactivo al anualizado, pues la manifestación de cambio de régimen es obligatoria y además el mismo Decreto 1582 de 1998, en el artículo 2º, prevé la posibilidad de que las entidades administradoras de cesantías administren en cuentas individuales, los recursos destinados al pago de cesantías de los servidores públicos del orden territorial cobijados por el régimen de retroactividad.

Sobre el particular, el H. Consejo de Estado, en sentencia de 12 de octubre de 2016, proferida dentro del proceso con radicado N°. 080012331000201100874-01 (1325-2016) precisó:

Así las cosas, y como quiera que el Decreto 1582 de 1998 prevé que el régimen contemplado en la Ley 344 de 1996, es para los servidores vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, y además que su aplicación es para quienes se vincularon con anterioridad a esta fecha solo opera para aquellos que decidan acogerse al mismo, debe precisarse que para que opere el cambio de régimen retroactivo de cesantías al anualizado es necesario que el servidor territorial vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, manifieste expresamente a la administración dicha determinación; de no ser así, su afiliación a un fondo creado en virtud de la Ley 50 de 1990 tan solo implica el cambio de administrador de dichos recursos¹⁰.

(...)

Conforme a la prueba documental se establece que la actora no manifestó su decisión de acogerse al régimen de cesantías anualizado y tampoco que hubiese

⁸ Según certificado que milita a folio 25 del expediente.

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

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

adelantado alguno de los trámites exigidos por el Decreto 1582 de 1998 para su traslado, por lo que se entiende que operó un cambio de administrador de los recursos para el pago de las cesantías de un servidor público del nivel territorial que se encuentra bajo el sistema de retroactividad conforme al artículo 2 *ibídem*, sin que su régimen hubiera sufrido alguna modificación como lo interpreta la parte actora; puesto que el cambio de régimen retroactivo al anualizado del servidor territorial vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 344 de 1996, requiere la manifestación expresa de su deseo de acogerse al nuevo régimen.

Por lo anterior, resulta claro que la demandante es beneficiaria del régimen retroactivo de cesantías en los términos de la Ley 6° de 1945 y demás normas complementarias; por ende, en esta oportunidad la Sala considera necesario precisar cuál es la obligación del empleador en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas, la oportunidad para ello, y si son beneficiarios de la sanción moratoria.(...)"

En consecuencia, es claro para la Sala que el demandante es beneficiario del régimen retroactivo de cesantías, en los términos de la Ley 6° de 1945 y demás normas complementarias, y bajo esas circunstancias no es viable el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías, pues tal concepto este es propio del régimen de cesantía anualizada.

En este punto se reitera que de conformidad con las normas que contemplan el régimen retroactivo, la liquidación del auxilio de cesantías se hará con base en el último salario devengado, a menos que haya tenido modificaciones en los 3 últimos meses, en cuyo caso se hará por el promedio de lo devengado en los últimos 12 meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor; y además ese régimen no contempla la liquidación de intereses, así como tampoco el pago de la sanción moratoria.

Costas

Se condenará en costas a la parte demandante, conforme el artículo 188 del C.P.A.C.A. En consecuencia, se ordenará por Secretaría que se realice la liquidación de conformidad con el artículo 365 del C.G.P.; igualmente, fíjense como agencias en derecho el 2% del valor resultante de las pretensiones denegadas a el demandante en esta sentencia, de conformidad con el Acuerdo N° 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003).

Finalmente en atención, a que la sustitución de poder presentada por el doctor Orlando Miguel Sierra Neiro a favor de la doctora Maricela Sofia Triana López cumple con los requisitos legales previstos en el artículo 75 del C.G.P., se le reconocerá a esta última personería para actuar como apoderada de la parte demandante, conforme el alcance de poder de sustitución allegado a folio 277.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal administrativo de Córdoba, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: Deniéguense las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condénase en costas a la parte demandante, conforme el artículo 188 del C.P.A.C.A. En consecuencia, se ordenará por Secretaría que se realice la liquidación de conformidad con el artículo 365 del C.G.P.; Igualmente, fíjense como agencias en derecho el 2% del valor resultante de las pretensiones denegadas a el demandante en esta sentencia, de conformidad con el Acuerdo N° 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003).

TERCERO: Reconózcase personería jurídica para actuar como apoderada sustituta de la parte demandante, a la doctora MARICELA SOFIA TRIANA LÓPEZ identificada con cédula de ciudadanía N°. 30.688.221 y T.P. N° 159.959 del C.S. de la J.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

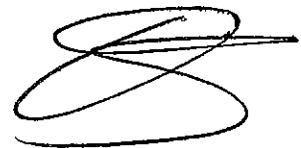
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



LUIS EDUARDO MESA NIEVES

AUSENTE CON PERMISO



LUZ ELENA PETRO ESPITIA

PEDRO OLIVELLA SOLANO

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CORDOBA
SECRETARIA
Se Notifica por Estado N° - 117 a las partes de la
providencia anterior, Hoy 13 DIC 2019 a las 8:00 a.m.
Cde la C
2