



# Sentencia 00058 de 2018 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., doce (12) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Rad. No.: 08001-23-33-000-2012-00058-02 (4568-2014)

Demandante: ÁLVARO ENRIQUE FONTALVO CASTRO

Demandado: MUNICIPIO DE SOLEDAD-ATLÁNTICO Y OTRO

Asunto: Sanción moratoria

SO. 0050

LEY 1437 DE 2011

La Sala de Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha diecisiete (17) de junio de dos mil catorce (2014) proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

## I. ANTECEDENTES

### 1.1.- PRETENSIONES<sup>1</sup>

A través de apoderado judicial el señor ALVARO ENRIQUE FONTALVO CASTRO, solicitó se declare la nulidad (i) del acto administrativo contenido en el oficio D.P.T. N°0071, de 16 de febrero de 2012, expedido por la directora del Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Soledad (Atlántico), por medio del cual se negó la solicitud de pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 344 de 1996, por la no consignación oportuna del auxilio de cesantías en forma anualizada y (ii) del acto ficto producto del silencio administrativo negativo respecto de la solicitud que interpuso el 10 de febrero de 2012, con el propósito que le fuera pagada la sanción moratoria.

A título de restablecimiento del derecho, pidió que se condenara al municipio de Soledad (Atlántico) y al Instituto Municipal de Tránsito y de Transporte de esa entidad territorial, al pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías correspondientes a las anualidades que van desde 2003 hasta 2010, al igual que se ordene el ajuste de las cantidades líquidas de dinero que resulten de la condena.

### 1.2.- HECHOS<sup>2</sup>

Los fundamentos fácticos de la demanda, son los siguientes:

El señor ÁLVARO ENRIQUE FONTALVO CASTRO labora en el Instituto Municipal de Tránsito y Transportes de Soledad (Atlántico), en el cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 03, de carrera administrativa, adscrito a la planta global de dicha dependencia, desde el día 1 de agosto del año 2003. A la presentación de la demandada todavía es trabajador activo.

La entidad empleadora no consignó el auxilio de cesantías correspondientes a las anualidades que van desde 2003 a 2010, dentro del plazo establecido por la ley para el régimen anualizado, es decir hasta el 14 de febrero del año siguiente correspondiente.

El 25 de enero de 2012, radicó ante el Instituto Municipal de Tránsito y Transportes de Soledad, un derecho de petición, a fin de obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en los términos de la Ley 344 de 1996, pero el demandado, a través del acto acusado, dio respuesta negativa a dicha solicitud.

Posteriormente, el 8 de febrero de 2012, presentó solicitud a la Alcaldía municipal de Soledad sobre las mismas pretensiones, sin obtener

respuesta.

### 1.3.- DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN<sup>3</sup>

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 13, 29, 53 y 209 de la Constitución Política; 138 y 192 del CPACA; 13 de la Ley 344 de 1996; 1° del Decreto 1582 de 1998; 99 numeral 3° de la Ley 50 de 1990; 21 y siguientes del Decreto 1063 de 1991; 20 numeral 1° del Código de Procedimiento Civil.

Como concepto de violación expuso que con la expedición del acto demandado se vulneró el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, norma que dispone que a partir de su vigencia las personas que se vinculen a las entidades del Estado tendrán el régimen de cesantías anualizadas, y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998, según el cual la liquidación y pago de dicho auxilio para los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir de 1996 que se afilien a los fondos privados, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás concordantes de la Ley 50 de 1990.

Por tanto al no efectuar oportunamente la consignación de las cesantías en el respectivo fondo, esto es, el 14 de febrero del año siguiente, la administración incurrió en una conducta omisiva que desconoce los derechos del trabajador.

### 1.4.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Instituto de Tránsito y Transporte de Soledad, a través de apoderada, se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda<sup>4</sup>.

En síntesis, señaló que el demandante fue incorporado en esa institución desde el 1 de agosto de 2003 como consecuencia de la extinción de la Secretaría de Tránsito y Transporte del municipio de Soledad, lo que quiere decir que su vinculación se dio sin solución de continuidad desde el 13 de junio de 1995, es decir, no está dentro el régimen de cesantías anualizado contemplado en la Ley 344 de 1996 y su decreto reglamentario.

En ese sentido, resaltó que el señor ALVARO ENRIQUE FONTALVO CASTRO nunca optó por el cambio de régimen para que le fuera aplicado el de la normatividad precitada de tal forma que mal podría afirmarse que el instituto se encuentra en mora cuando el vínculo laboral aún sigue vigente.

Finalmente, propuso como excepciones las de: inexistencia del derecho reclamado por el actor, al estar excluido del régimen de cesantías anualizado; proposición jurídica incompleta por indebida formulación de pretensiones; caducidad de la acción; prescripción de la acción; ilegitimidad por activa en el cobro; inexistencia fáctica y probatoria de la mala fe para condena moratoria; improcedencia por falta de agotamiento de la vía gubernativa; falta de requisitos formales de la demanda e indebida o inepta demanda.

### 1.5.- LA SENTENCIA APELADA<sup>5</sup>

El 17 de junio de 2014, el Tribunal Administrativo del Atlántico profirió sentencia de primera instancia mediante la cual negó las pretensiones de la demanda y resolvió no condenar en costas.

La decisión tuvo sustento en que de acuerdo con las pruebas que constan en el expediente, la vinculación del demandante al Instituto Municipal de Tránsito y Transportes de Soledad data del 13 de junio de 1995, es decir, se efectuó con anterioridad a la Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, y no se acreditó que se acogiera a dicha normatividad; en consecuencia, no es posible conceder el reconocimiento de la sanción por mora en la consignación de sus cesantías cuando se encuentra amparado por el régimen de retroactividad de las cesantías.

### 1.6.- LA APELACIÓN

El apoderado de la parte actora, presentó recurso de apelación<sup>6</sup>, en el que solicitó se revocara la decisión de primera instancia y en su lugar se acogieran las pretensiones de la demandante.

Al respecto, expresó que una vez la Secretaría de Tránsito y Transporte del municipio de Soledad se suprimió a través de Decreto No. 0142 de 9 de junio de

2003, se creó el Instituto Municipal de Tránsito y Transportes de Soledad, es decir, el cargo que ocupaba su poderdante dejó de existir y comenzó en esa nueva entidad cuya planta de personal, por regla general, está conformada por empleados públicos y excepcionalmente por trabajadores oficiales.

En ese orden de ideas, indicó que teniendo en cuenta que la certificación laboral expedida por el Instituto Municipal de Tránsito y Transportes de Soledad, en la que se fundamentó la providencia impugnada, no expresa si el cargo que desempeñaba su poderdante era de carrera administrativa, ni si ingresó a ese instituto sin solución de continuidad desde el 13 de junio de 1995, no podía afirmarse que lo cobijaba el régimen de la Ley 6 de 1945.

### 1. 7.-ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de la parte demandante<sup>7</sup> reafirmó el sustento fáctico y jurídico de las pretensiones de la demanda y del recurso de apelación presentado, mientras que el Instituto Municipal de Tránsito y Transportes de Soledad<sup>8</sup>, reiteró los argumentos expuestos en la contestación. Por

su parte, el municipio de Soledad, guardó silencio.

## 1.8.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no presentó informe.

## II. CONSIDERACIONES

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

### 2.1.- Problema jurídico

Se contrae a determinar si al señor ALVARO ENRIQUE FONTALVO CASTRO le asiste el derecho a ser beneficiario del régimen de cesantías anualizadas establecido en la Ley 344 de 1966, según los requisitos establecidos por la legislación para que ciertos ciudadanos puedan optar por el régimen más beneficioso.

A fin de desatar la cuestión litigiosa, inicialmente es preciso describir el régimen de cesantías aplicable a los empleados públicos territoriales y los requisitos para el traslado de régimen retroactivo al anualizado de cesantías, para luego del análisis del acervo probatorio definir si en el caso concreto al demandante le asiste la razón en lo que pretende.

### 2.2.- Marco normativo y jurisprudencia! aplicable al caso

#### 2.2.1.- Régimen de cesantías aplicable a los empleados públicos territoriales

La Ley 6ª de 1945, en el artículo 17<sup>9</sup>, dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, gozarían, entre otras prestaciones, de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, para lo cual solamente se tendría en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942.

Mediante Decreto 2767 de 1945 se determinaron las prestaciones sociales de los empleados departamentales y municipales, y en su artículo 1º les hizo extensivas las prestaciones consagradas por el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, incluido el auxilio de cesantías<sup>10</sup> El artículo 6º señaló las situaciones que se tendrían como despido para efectos de la liquidación del auxilio.

Por su parte, la Ley 65 de 20 de diciembre de 1946 modificó las disposiciones sobre cesantías y en el artículo 1º extendió dicho beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios. El Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946 contempló normas sobre prestaciones a favor de los empleados oficiales, y definió los parámetros para la liquidación de las cesantías<sup>11</sup>.

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

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

Posteriormente, se expidió el Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998, reglamentario de la anterior, que hizo extensivo el régimen anualizado de cesantías para los empleados públicos de nivel territorial, y dispuso que el régimen de los vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se hubieren afiliado a un fondo de cesantías, sería el establecido en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990.

Para el caso de aquellos que se vincularon con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad y que decidieran acogerse al previsto en esta 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 3° previó: *Los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000.*

### 2.2.2. Requisitos para el traslado de régimen retroactivo al anualizado de cesantías

En primer término debe precisarse que el solo hecho de afiliarse a un fondo de cesantías privado no conlleva el cambio del régimen retroactivo al anualizado, pues el mismo Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998, en el artículo 2°, prevé la posibilidad de que las entidades administradoras de cesantías depositen en cuentas individuales los recursos destinados al pago de cesantías de los servidores públicos del orden territorial cobijados por el régimen de retroactividad. Así lo señala la norma en cita:

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

La afiliación de los servidores públicos territoriales a un fondo de cesantías en el evento previsto en el inciso anterior, se realizará en virtud de convenios suscritos entre los empleadores y los mencionados fondos, en los cuales se precisen claramente las obligaciones de las partes, incluyendo la periodicidad con que se harán los aportes por la entidad pública, y la responsabilidad de la misma por el mayor valor resultante de la retroactividad de las cesantías.

PARÁGRAFO.- En el caso contemplado en el presente artículo, corresponderá a la entidad empleadora proceder a la liquidación parcial o definitiva de las cesantías, de lo cual informará a los respectivos fondos, con lo cual éstos pagarán a los afiliados, por cuenta de la entidad empleadora, con los recursos que tengan en su poder para tal efecto. Esto hecho será comunicado por la administradora a la entidad pública y ésta responderá por el mayor valor en razón del régimen de retroactividad si a ello hubiere lugar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 344 de 1996.

En el evento en que una vez pagadas las cesantías resultare un saldo a favor en el fondo de cesantía, el mismo será entregado a la entidad territorial. (Subrayas de la Subsección).

Así las cosas, y como quiera que el Decreto 1582 de 1998 prevé que el régimen contemplado en la Ley 344 de 1996 se aplica a los servidores que iniciaron su relación a partir del 31 de diciembre de 1996, y además que su aplicación para quienes se vincularon con anterioridad a esta fecha sólo tiene validez para quienes 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<sup>12</sup>. De no ser así, su afiliación a un fondo creado en virtud de la Ley 50 de 1990 tan solo implica el cambio de administrador de dichos recursos.

Es decir, para que opere el cambio del 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.

### 2.3.- Caso concreto

En el caso concreto, la Sala de Subsección advierte que según lo consignado en la certificación suscrita por el jefe de talento humano del Instituto Municipal de Tránsito y Transportes de Soledad<sup>13</sup>, el señor ÁLVARO ENRIQUE FONTALVO CASTRO se vinculó a la Secretaría municipal de Tránsito y Transporte de Soledad desde el día 13 de junio de 1995. Esta dependencia fue suprimida y en su lugar se creó el Instituto Municipal de Tránsito y Transportes de Soledad, al que fue incorporado sin solución de continuidad a partir del 1 de agosto de 2003 y hasta el 30 de junio de 2011, en el mismo cargo que ocupaba, esto es, agente de tránsito.

De acuerdo con esa constancia, que fue solicitada por el Tribunal, el demandante es beneficiario del régimen retroactivo de cesantías previsto por la Ley 6ª de 1945 y demás normas complementarias, toda vez que su vinculación laboral ocurrió antes de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996. Además no existe documento que demuestre que haya manifestado su deseo de optar por el régimen anualizado, ni que hubiera adelantado alguno de los trámites subsiguientes exigidos por el Decreto 1582 de 1998 para su traslado, pues este decreto no prevé la posibilidad de un cambio tácito de régimen, porque se trata de una actuación voluntaria del servidor<sup>14</sup>.

En ese orden de ideas la sentencia objeto de apelación deberá ser confirmada, atendiendo a que el demandante es beneficiario del régimen retroactivo de cesantías, en los términos de la Ley 6ª de 1945 y demás normas complementarias, pues no manifestó expresamente su voluntad de traslado de régimen; razón por la cual no es posible el reconocimiento y pago de la sanción moratoria reclamada en la demanda, que es propia del régimen anualizado de cesantías.

### 7.- De la condena en costas en segunda instancia<sup>15</sup>

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho<sup>16</sup>, los llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso<sup>17</sup> y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y de secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.

En cuanto a la condena en costas en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo este Despacho y la Corporación ya lo ha analizado con detenimiento<sup>18</sup>.

Atendiendo esa orientación se debe dar cumplimiento al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso, y condenar en costas, de segunda instancia a la parte demandante a quien se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación teniendo en cuenta, además, que el Instituto Municipal de Tránsito y Transportes de Soledad, participó de esta instancia.

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

**FALLA**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 17 de junio de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico que negó las pretensiones de la demanda de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante de conformidad con las consideraciones expresadas en esta sentencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

CUARTO: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa "Justicia Siglo XXI" y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

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

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS

**NOTAS DE PIE DE PÁGINA**

<sup>1</sup> Folios 2 a 3 del expediente.

<sup>2</sup> Folios 3 a 5 del expediente.

<sup>3</sup> Folios 5 a\_6 del expediente.

<sup>4</sup> Folios 43 a 48 del expediente.

<sup>5</sup> Folios 290 a 303 del expediente.

<sup>6</sup> Folios 307 a 309 del expediente.

<sup>7</sup> Folios 372 a 375 del expediente.

<sup>8</sup> Folios 385 a 396 del expediente.

<sup>9</sup> "Artículo 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

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

<sup>10</sup> "Artículo 1º. Con las solas excepciones previstas en el presente decreto, los empleados y obreros al servicio de un Departamento, Intendencia, Comisaría o Municipio tiene derecho a la totalidad de las prestaciones señaladas en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, y el artículo 11 del Decreto 1600 del mismo año para los empleados y obreros de la Nación. A la entidad que alegue estar comprendida en uno de los casos de excepción, de corresponderá probarlo."

<sup>11</sup> "El auxilio de cesantía a que tengan derecho los empleados y obreros al servicio de la Nación, los Departamentos y los Municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce meses."

<sup>12</sup> 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 Bemal Avila, C. P. Alejandro Ordoñez Maldonado.

<sup>13</sup> Folios 159 a 160 del expediente.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia de 9 de julio de 2009, Radicación número: 760012331000200203287-01 (1489-01), Magistrado Ponente: Alfonso Vargas Rincón.

<sup>15</sup> Sobre el particular: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). Consejero ponente doctor GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ. En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. sentencia de 7 de abril de 2016. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). Consejero ponente doctor WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

<sup>16</sup> Artículo 361 del Código General del Proceso.

<sup>17</sup> Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 íb.

<sup>18</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. subsección. A Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). Consejero ponente doctor GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ. En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 7 de abril de 2016. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). Consejero ponente doctor WILLIAM HERNANDEZ GÓMEZ.

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-27 11:09:10*