



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "A"**

Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez

Bogotá D.C., siete de diciembre de dos mil diecisiete.

Radicación: 08001-23-33-000-2012-00369-01
Número interno: 3447-2014
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: José Agustín Herrera Sara
Demandado: Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla y Contraloría Distrital de Barranquilla

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-0157-2017

1. ASUNTO

La Subsección decide los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia de 29 de noviembre de 2013,¹ proferida por el Tribunal Administrativo de Atlántico que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

¹ Folios 164 a 175.

2. LA DEMANDA²

El señor José Agustín Herrera Sara, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, demandó al Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla y a la Contraloría Distrital de Barranquilla, con el fin de obtener la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se le negó el pago de la sanción moratoria que contempla el parágrafo del artículo 2.º de la Ley 244 de 1995, por el retardo en el pago de las cesantías definitivas reconocidas mediante la Resolución 0777 de 174 de julio de 2002, expedida por la Contraloría Distrital de Barranquilla.

3. DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de determinar el objeto del proceso y de la prueba.³

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

3.1. Excepciones previas art. 180-6 CPACA⁴

«[...] Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del

² Folios 2 a 18.

³ Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. (2015) EJRLB.

⁴ Folio 134 a 135.

saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo [...]»⁵

A folio 134 se observa que en relación con la excepción de prescripción, el *a quo* indicó que sería analizada en la sentencia, por guardar estrecha relación con el fondo del asunto. En cuanto a la excepción de caducidad, indicó que por tratarse de una obligación de tracto sucesivo, el perjuicio se ocasiona día tras día y cesa únicamente cuando se paga, es decir, que a partir de la consignación comienza el cómputo del término de caducidad, sin perjuicio de la prescripción trienal de los referidos derechos.

Indicó que como quiera que del material probatorio obrante en el expediente se advierte que dichas cesantías no han sido canceladas, en consecuencia la sanción se sigue causando y sólo cesará hasta la fecha en que sean pagadas, en consecuencia no prospera la excepción de caducidad.

Contra dicha decisión no hubo pronunciamiento de las partes.

3.2. FIJACIÓN DEL LITIGIO art. 180-7 CPACA

«[...] La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de “tuerca y tornillo”, porque es guía y ajuste de esta última.[...]»⁶

⁵ Ramírez Jorge Octavio, consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. EJRLB.

⁶ Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas* (2015). EJRLB.

En la audiencia inicial se fijó el litigio⁷ respecto a las pretensiones, los hechos en los que hay acuerdo y los argumentos expuestos por los demandados en la contestación.

3.2.1. Pretensiones

1. Se declare la nulidad del acto administrativo y/o se proceda a la revocatoria del oficio DSH 01029 de fecha 13 de julio de 2012, por medio del cual la Alcaldía Distrital de Barranquilla no accede al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías reconocidas mediante Resolución No. 0777 de 17 de junio de 2002, expedido por la Contraloría Distrital de Barranquilla y de la cancelación de las Cesantías Definitivas que aún no se han pagado.
2. Se declare la nulidad del acto administrativo y/o se proceda a la revocatoria del Oficio SG-019-0310 de 27 de julio en donde la Contraloría Distrital reconoce no haber pagado las cesantías definitivas reconocidas mediante Resolución 0777 de julio 17 de 2002.
3. A título de restablecimiento del derecho solicita que se reconozca y pague la sanción moratoria por el no pago oportuno de sus cesantías definitivas.

3.2.2. Hechos en los que hay acuerdo.

1. El señor Jose Agustín Herrera Sara, identificado con la cédula de ciudadanía 72.227.193 de Barranquilla fue nombrado mediante Resolución No. 0207 de 15 de mayo de 2001 emanado de la Contraloría Distrital de Barranquilla para desempeñar el cargo de auxiliar de servicios generales, código 605, grado 011.

⁷ Folio 136 y 137.

2. El señor Jose Agustín Herrera Sara devengaba la suma de 525.000 pesos mensuales tales como se aprecia en la Resolución No. 0207 de 15 de mayo de 2001.
3. El demandante fue declarado insubsistente mediante Resolución CTR 0420 de 10 de mayo de 2002.
4. Mediante Resolución 0777 del 17 de julio de 2002 proferida por el Contralor Distrital de Barranquilla, se reconoció y ordenó el pago de sus cesantías definitivas por el periodo comprendido entre el 4 de junio de 2001 y el 7 de mayo de 2002 en una suma de quinientos sesenta y ocho mil ochenta pesos.

3.2.3. Problema jurídico fijado en el litigio

Se estableció como problema jurídico el siguiente: [...] *determinar si el señor JOSE AGUSTIN HERRERA SARA, tiene derecho a que se le pague la sanción moratoria consagrada en los artículo 1º y 2, parágrafo, de la Ley 244 de 1995, por el no pago de sus cesantías definitivas reconocidas mediante Resolución No. 0777 del 17 de julio de 2002 [...]*⁸.

4. SENTENCIA APELADA⁹

El Tribunal Administrativo de Atlántico, en sentencia de 29 de noviembre de 2013, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Respecto del material probatorio aportado, concluyó el *a quo* que al demandante se le reconocieron sus cesantías definitivas mediante la Resolución No. 0777 de 17 de julio de 2002, por el período comprendido

⁸ Folio 137.

⁹ Folios 164 a 175

entre el 4 de junio de 2001 y el 17 de mayo de 2002; acto administrativo que le fue notificado el 12 de agosto de 2002 (Fl. 22 reverso), y quedó en firme a partir del día 21 de agosto de 2002, una vez vencidos los cinco días concedidos para presentar recursos, contados a partir del siguiente de la notificación, sin que se hubiese presentado alguno. Agregó que en el plenario no existe prueba documental que acredite que dichas cesantías han sido canceladas al demandante.

Indicó que la administración con la negativa a reconocer y pagar al demandante la sanción moratoria por el no pago oportuno de la reliquidación de sus cesantías definitivas obró por desconocimiento a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 244 de 1995.

En relación con la excepción de prescripción propuesta por el Distrito de Barranquilla, indicó que la sanción moratoria se generó a partir del día 23 de octubre de 2002 y como quiera, que el actor presentó reclamación ante el empleador por tales derechos el 20 de marzo de 2012, a la luz de la normatividad, prescribieron las prestaciones no reclamadas en los tres años inmediatamente anteriores a la reclamación, de modo que, el pago de la sanción moratoria se hará desde el 19 de marzo de 2009 hasta la fecha en que se haga efectivo el respectivo pago.

Finalmente en relación al oficio SG-019-0318-10 de 27 de julio de 2010, proferido por la Contraloría Distrital de Barranquilla, el *a quo* señaló que dicho oficio debió ser demandado dentro de los 4 meses siguientes a la fecha de su expedición, razón por la cual respecto de él operó la caducidad.

Indicó que no se condenará en costas por cuanto que las entidades demandadas no asumieron en el proceso una conducta que lo hiciera merecedora a ello.

5. ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

5.1. Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla¹⁰.

Refiere que aun cuando se pretende atacar un acto administrativo del año 2012 expedido por la Contraloría General de la Nación, lo que debe observarse es la exigibilidad del acto inicial que dio origen al presente asunto.

Agregó que la base de toda exigencia y solicitud de pago de cesantías, de sanción moratoria o de cualquier otro tipo de pago por virtud de la relación laboral carece de exigibilidad.

Reiteró los argumentos relacionados con la excepción de caducidad de la “acción”, pues en criterio del recurrente se debió acudir a la jurisdicción al cabo de los 45 días que tenía la entidad para realizar el pago de lo dispuesto mediante Resolución 0777 del 17 de julio de 2002.

Insistió en la prosperidad de la excepción de prescripción bajo el entendido que la Resolución 0777 de 2002 quedó en firme el 25 de septiembre de 2002 lo que significa que el demandante contaba con 3 años para hacer exigible el pago de la obligación contenida en el referido acto.

Sostuvo que como el demandante hizo la reclamación el 20 de marzo de 2012, para ese momento ya habían transcurrido 10 años por lo que se debe concluir que sobre la resolución y la sanción moratoria operó la prescripción.

De igual manera indicó que se debe declarar la pérdida de fuerza ejecutoria de la Resolución 0777 de 2002, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011, numeral 3, pues no es posible proceder a ejecutar el acto demandando ni mucho menos proceder a reconocer sanciones ni obligaciones derivadas de la misma.

¹⁰ Folios 179 a 182.

Resaltó que de las pruebas aportadas por el demandante no existe ningún documento que comprometa solidariamente al Distrito de Barranquilla con el pago en solidaridad de la sanción moratoria reclamada, en lo que respecta a la solidaridad pregonada por el demandante entre el Distrito de Barranquilla y la Contraloría Distrital.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes demandante, demandada y el ministerio público guardaron silencio¹¹.

7. CONSIDERACIONES

7.1. Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹², el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

7.2. Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos que se deben resolver en esta instancia se resumen en las siguientes preguntas:

- 1. ¿El señor José Agustín Herrera Sara tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que prevé la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006?**

¹¹ Folio 237.

¹² El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

2. ¿En relación con el cómputo de los 45 días hábiles que tiene la entidad para el pago de las cesantías, se debe tener en cuenta solo la firmeza del acto administrativo de reconocimiento?
3. ¿La sanción moratoria que trata la Ley 244 de 1995 adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, se encuentra afectada por el fenómeno de la prescripción?
4. ¿El Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla es la entidad que debe pagar la condena impuesta en primera instancia?

7.2.1. Primer problema jurídico.

¿El señor José Agustín Herrera Sara tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que prevé la Ley 244 de 1996 modificada por la Ley 1071 de 2006?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: El demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que prevén las normas en comento, como pasa a explicarse:

La Ley 244 de 29 de diciembre de 1995¹³ en cuanto a las cesantías¹⁴ definitivas que habrán de reconocerse a los servidores públicos de los órganos y entidades del Estado una vez terminen su relación laboral, señala no solo unos términos perentorios para su liquidación, reconocimiento y pago, sino también una sanción por mora en caso de que se pague de forma tardía dicha prestación.

¹³ Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones

¹⁴ Las cesantías como prestación social de carácter especial, constituyen un ahorro forzoso de los empleados para auxilio en caso de quedar cesantes.

Así pues, la indemnización moratoria referida, es una sanción a cargo del empleador moroso y a favor del empleado, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo.¹⁵

Esta fue creada con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último por el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la mencionada ley. Nótese, que el espíritu de la comentada norma es proteger el derecho de los servidores públicos que se retiran del servicio, a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías.

Posteriormente, la mencionada ley fue adicionada por la Ley 1071 de 31 de julio de 2006¹⁶, la cual indicó lo siguiente en relación con el procedimiento que debe surtir la administración para la liquidación de la referida prestación:

“[...] Artículo 4°. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

¹⁵ Ver, sentencia del 8 de abril de 2010, Expediente 1872 de 2007, consejero ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁶ Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley [244](#) de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo. [...]"

Ahora bien, una vez proferida la resolución de liquidación de la cesantía, el artículo 5.º de la Ley 1071 de 2006, determina que el pago se efectuará dentro del siguiente término legal:

"[...] Artículo 5º. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro. [...]"

Por su parte, el parágrafo del artículo en mención, prevé la sanción moratoria en el pago de la cesantía, en caso de incumplirse los términos legales, con el siguiente tenor literal:

"[...] Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este. [...]"

Así entonces, la anterior normativa contempla los términos legales con que cuenta la administración para la liquidación y pago de las cesantías, y consagra una sanción moratoria en caso de que se incumplan los mismos.

En el *sub lite* se encuentra acreditado lo siguiente:

- Mediante la Resolución 07777 de 17 de julio de 2002 (folio 32), la entidad demandada reconoció las cesantías definitivas al señor José Agustín Herrera Sara, por un valor de \$568.080¹⁷.
- El demandante mediante petición de 16 de julio de 2010 le solicitó a la Contraloría Distrital de Barranquilla para que informara si esa entidad había pagado o no la acreencia relacionada con la Resolución 0777 de 17 de julio de 2002¹⁸.
- La Contraloría Distrital de Barranquilla mediante oficio SG 10190318-10 indicó que la entidad no ha cancelado los valores contentivos en dicho acto administrativo toda vez que éstos no se encuentran relacionados en las cuentas por pagar¹⁹.
- El señor Jose Agustín Herrera Sara radicó petición el 20 de marzo de 2012 dirigida a la alcaldesa del Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla para solicitarle una vez más²⁰ la cancelación de las cesantías definitivas y la sanción moratoria por el no pago oportuno de las prestaciones sociales referidas²¹.

De las pruebas transcritas se observa que al demandante no se le han pagado las cesantías definitivas reconocidas mediante el acto administrativo de 17 de julio de 2002.

En conclusión: La Subsección observa que, tal como lo sostuvo el *a quo*, la Contraloría Distrital de Barranquilla desconoció los plazos previstos para el

¹⁷ Folio 21 a 22.

¹⁸ Folio 24.

¹⁹ Folio 25.

²⁰ Dicha afirmación la sustenta en el hecho 2 del derecho de petición visible a folio 26.

²¹ Folio 26

pago efectivo de las cesantías definitivas del demandante, configurándose en consecuencia, la sanción prevista en el párrafo del artículo 5.º de la Ley 1071 de 2006 que modificó la Ley 244 de 1995.

7.2.2. Segundo problema jurídico.

¿En relación con el cómputo de los 45 días hábiles que tiene la entidad para el pago de las cesantías, se debe tener en cuenta solo la firmeza del acto administrativo de reconocimiento?

La Subsección sostendrá la siguiente postura: a efectos del cómputo de los 45 días hábiles que tiene la entidad para pagar las cesantías reconocidas, se debe tener en cuenta la firmeza del acto administrativo de reconocimiento, siempre y cuando éste sea expedido dentro del término que consagra el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, por las razones que se explican a continuación:

El artículo 4 de la Ley 1071 de 2006²² indicó que la entidad empleadora o pagadora cuenta con el término de 15 días, contados a partir de la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas, para expedir la resolución correspondiente.

Así mismo, frente a la sanción moratoria, el artículo 5.º ib. reguló que la entidad cuenta con 45 días hábiles para pagar las cesantías definitivas, después de la firmeza del acto administrativo de reconocimiento, y en caso de no hacerlo dentro de este término, la entidad obligada debe reconocer un día de salario por cada día de retardo, hasta que ello se haga efectivo.

²² Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se determinan sanciones y se fijan términos para su cancelación.

De lo expuesto se observa que el legislador no solo reguló la mora en el pago de las cesantías, sino que además le dio un término a la entidad para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las mismas; por ende, debe estudiarse cada caso en concreto, pues si el acto administrativo de reconocimiento se expide dentro del término legal conferido, los 45 días para el pago comienzan a contabilizarse desde la firmeza del mismo.

Si la entidad competente sobrepasa el término para emitirlo, no es procedente inferir que el término de la sanción moratoria empieza a contarse desde la firmeza del acto administrativo expedido tardíamente. Deducir esto último atenta contra el espíritu de la norma, que es darle un tiempo prudencial a la entidad para que realice el procedimiento interno de reconocimiento y pago de una prestación social.

Sobre el particular, la Sala Plena del Consejo de Estado²³, indicó lo siguiente:

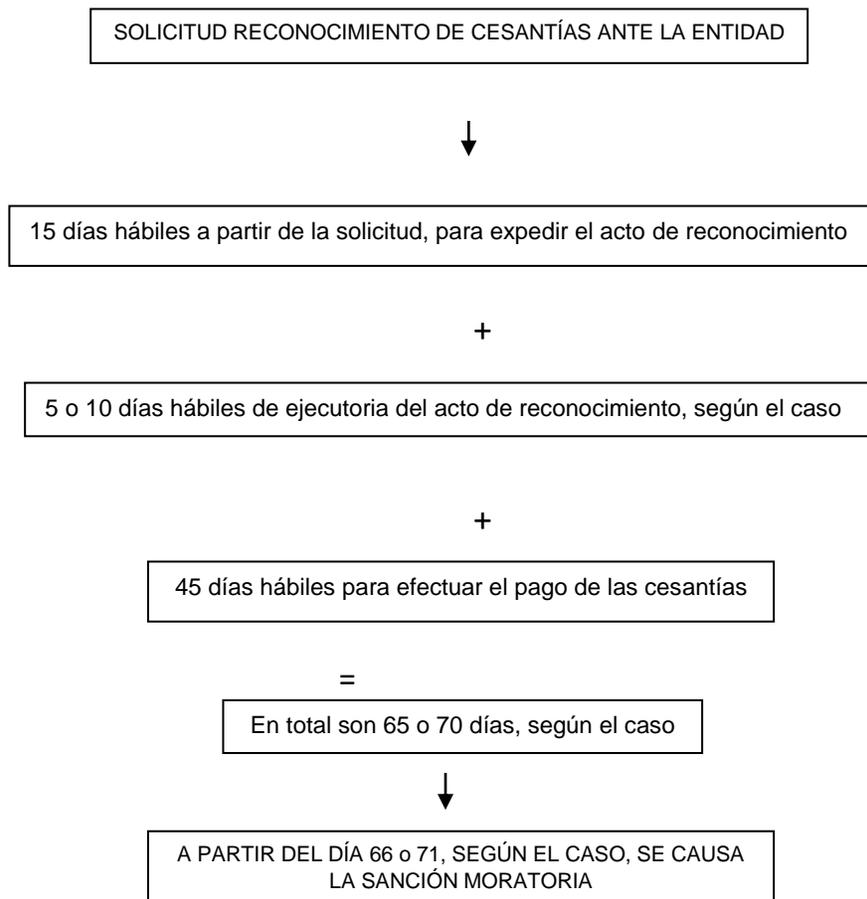
“[...] Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de marzo de 2007, consejero ponente: doctor Jesús María Lemús Bustamante, Número Interno 2777-2004, demandante José Bolívar Caicedo Ruíz.

65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria [...].

En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria. [...].”

La tesis anterior se esquematiza de la siguiente forma de contabilizar el origen de la sanción moratoria:



Ha de recordarse que el tiempo de ejecutoria del acto administrativo es de i) 5 días si la solicitud ante la administración se radicó en vigencia del CCA²⁴ o, ii) 10 días si se presentó en vigencia del CPACA.²⁵

Ahora bien, como quiera que dentro del proceso no se encuentra acreditado que el demandante haya solicitado a la Contraloría Distrital de Barranquilla la liquidación de las cesantías definitivas²⁶, para el caso en concreto a la entidad se le puede descorrer el término que contempla el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006.

En conclusión: El demandante no acreditó la solicitud de reconocimiento y pago de unas cesantías definitivas, no obstante, como las mismas fueron reconocidas mediante la Resolución 0777 de 17 de julio de 2002, los 45 días hábiles que trata el artículo 5.º de la Ley 1071 de 2006 se deben contabilizar desde la firmeza de la referida Resolución.

7.2.3. Tercer problema jurídico.

¿La sanción moratoria que trata la Ley 244 de 1995 adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, se encuentra afectada por el fenómeno de la prescripción?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: la sanción moratoria por la falta de pago de las cesantías definitivas sí es objeto de prescripción, por lo siguiente:

En lo que concierne a la prescripción trienal de carácter laboral, la Sección

²⁴ Artículo 51 Decreto 01 de 1984.

²⁵ Artículo 75 Ley 1437 de 2011.

²⁶ Máxime si se tiene en cuenta que en la Resolución 0777 de 17 de julio de 2002 en el primer párrafo de la parte considerativa, no se hace mención a la fecha de la solicitud, pues expresamente allí se consigna: [...] *Que el señor HERRERA SARA JOSE AGUSTIN, identificado con la cédula de ciudadanía (...) presentó solicitud para que la Contraloría Distrital de Barranquilla, le reconozca y pague la liquidación de sus cesantías definitivas, aportando los requisitos exigidos para solicitarla [...].*

Segunda en reciente sentencia de unificación²⁷, determinó que:

“[...] los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios²⁸ a la prestación “cesantías”.

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Como hacen parte del derecho sancionador²⁹ y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles [...]”

Así mismo, se indicó que la norma aplicable en estos casos es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, el cual señala:

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia del 25 de agosto de 2016, radicación: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14), demandante: Yesenia Esther Hereira Castillo, sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ004 de 2016.

²⁸ Cita de cita. Tal indemnización no tiene el carácter de accesoria a las cesantías, como pasa a precisarse en esta providencia, a pesar de que en diversas providencias, se le haya dado tal connotación; ver, entre otras, el auto de 21 de enero de 2016, radicación número: 27001-23-33-000-2013-00166-01(0593-14).

²⁹ Cita de cita. En sentencia C-448 de 1996, la Corte Constitucional consideró que esta sanción “[...] busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora [...]”

“[...] Artículo 151. Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple Reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero solo por un lapso igual [...]”

Lo anterior, debido a que el término de prescripción previsto en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969³⁰, se fijó para los derechos en ellos contenidos, dentro de los cuales no se encuentra la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006.

Así las cosas, la sanción moratoria deberá solicitarse a la administración dentro de los tres años siguientes al momento en que se hace exigible la obligación, aun cuando el pago no se haya efectuado, so pena de verse afectada por el fenómeno de prescripción.

Para el caso concreto, se observa que la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas del demandante, se hizo exigible a partir del 30 de agosto de 2002.

Ahora bien, como quiera que el demandante afirmó en el oficio de 20 de marzo de 2012³¹ que [...] *El día 21 de septiembre de 2010 reitero derecho de petición al señor alcalde de Barranquilla de ese entonces, doctor ALEJANDRO CHAS y/o CLAUDIA ACEVEDO LEAL JEFE DE GESTION DE NÓMINA Y PRESTACIONES SOCIALES, solicitándole que se allana al pago de mis cesantías definitivas y la sanción moratoria a que tengo derecho y que están ellos obligados a pagar, para lo cual les presente la respectiva cuenta de cobro, el*

³⁰ Criterio que esta subsección estima es aplicable a la indemnización de que trata la Ley 244 de 1995, debido a que tiene un carácter sancionador semejante al de la Ley 50 y a que tampoco está contenida en los decretos descritos.

³¹ Folio 26.

cual fue recibido en esa misma fecha y contestado el 23 de septiembre de 2010 por el SECRETARIO DE HACIENDA DISTRITAL (e) FIDEL CASTAÑO DUQUE, comunicándome, que quien está obligado a responder por las obligaciones a cancelarme mis cesantías definitivas y la sanción moratoria, es la CONTRALORIA DISTRITAL de Barranquilla, existiendo solo la obligación por parte del distrito de remitir las transferencias que le corresponden por ley 617. [...] ³², se considera que prescribió la sanción moratoria causada desde antes del 21 de septiembre de 2007.

Es pertinente indicar que la parte demandante no logró demostrar que hubiese adelantado proceso ejecutivo alguno para el cobro de las reclamaciones requeridas.

En conclusión: Sí operó el fenómeno de la prescripción de la sanción moratoria causada antes del 21 de septiembre de 2007.

Pese a lo anterior, deberá oficiosamente la Sala precisar el momento hasta el cual se causa la sanción moratoria en este caso, dado que no se demostró su pago.

Para ello, tenemos que como las cesantías fueron reconocidas expresamente en acto administrativo, el derecho se hizo exigible judicialmente y se mantuvo como tal, hasta la prescripción de la acción ejecutiva ³³.

Así las cosas, como el reconocimiento de las cesantías se realizó el 17 de julio de 2002, y el acto fue notificado el mismo día, solo a partir de la ejecutoria de esta resolución se hizo exigible el mismo, lo cual ocurrió el 25 de julio de 2002. Es decir, a partir del día siguiente y hasta el 26 de junio de 2008 se

³² Folio 26

³³ Ha de recordarse que la oportunidad para presentar la demanda que pretende la ejecución de las decisiones judiciales proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es de 5 años contados a partir de la exigibilidad de la obligación en ellos contenida. Numeral 11 del artículo 136 del CCA y/o literal k) del artículo 164 del CPACA.

podía exigir judicialmente la obligación contenida en este, de acuerdo con el contenido del artículo 2536 del Código Civil³⁴, con la reforma introducida por la Ley 791 de 27 de diciembre de 2002³⁵.

Bajo este hilo argumentativo, la sanción moratoria solo se causó hasta el momento en que feneció la oportunidad de exigir judicialmente el pago de las cesantías reconocidas; lo anterior, puesto que, si bien se ha definido que la sanción moratoria no es accesoria al derecho a las cesantías, su causación sí depende de que aquel derecho se pueda exigir. En efecto, sería un contrasentido que habiendo prescrito la posibilidad de exigir el pago de una suma de dinero – en este caso las cesantías reconocidas-, la sanción prevista legalmente por esa omisión pueda causarse en forma indefinida.

Con base en lo anterior, para la sala resulta necesario modificar la orden dada en primera instancia, y establecer que existe el derecho al pago de la sanción moratoria causado desde el 21 de septiembre de 2007 hasta el día 26 de junio de 2008.

7.2.4. Cuarto problema jurídico.

¿El Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla es la entidad que debe pagar la condena impuesta en primera instancia?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: El Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla no debe pagar la condena impuesta en el presente asunto, dado que el demandante laboró en la Contraloría Distrital de

³⁴ ARTICULO 2536. <PRESCRIPCION DE LA ACCION EJECUTIVA Y ORDINARIA>. <Artículo modificado por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10).

La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5).

Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término.

³⁵ Por medio de la cual se reducen los términos de prescripción en materia civil.

Barranquilla, por lo que es esta entidad la que debe asumir el pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a sus empleados; como pasa a explicarse:

El inciso 4 del artículo 267 de la Constitución Política señala que “[...] La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal [...]”; en igual sentido lo contempla el artículo 155 de la Ley 136 de 1994. Esta última determinó que el régimen del control fiscal de los municipios se rige, entre otras normas, por lo señalado en la Ley 42 de 1993 (artículo 154).

El artículo 66 de la Ley 42 de 1993 ordenó a las asambleas departamentales y a los concejos municipales en desarrollo del artículo 272 de la Constitución “[...] dotar a las contralorías de su jurisdicción de autonomía presupuestal, administrativa y contractual, de tal manera que les permita cumplir con sus funciones como entidades técnicas [...]”.

Por otro lado, la Ley 617 de 2000 reguló entre otros aspectos, la financiación de gastos de funcionamiento de las entidades territoriales, y que estas deben financiarse con sus ingresos corrientes de libre destinación. El artículo 10 de la mencionada norma, fijó el valor máximo de los gastos de los concejos, personerías, y contralorías distritales y municipales.

En el año 2010 se expidió la Ley 1416 mediante la cual se dictaron normas para el fortalecimiento del control fiscal, la cual en su artículo 3 señaló que las entidades territoriales asumirían de manera directa y con cargo a su presupuesto, el pago de las conciliaciones, condenas, indemnizaciones y cualquier otra forma de resolución de conflictos de las contralorías; no obstante, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-643 del 2012, por las razones que se exponen a continuación:

“[...] Para la Corte, la disposición demandada lleva consigo la disminución del nivel de fuerza de la restricción presupuestal de las contralorías de las entidades territoriales, pues espera que sus gastos sean cubiertos por otra entidad, lo que favorece que no se esfuerce en desplegar la debida diligencia en la gestión administrativa a su cargo y por tanto, termine por afectar la eficiencia en el control fiscal, contrario a la finalidad que se busca por la ley.

Por último, la Corte encontró que la disposición acusada desconoce abiertamente la autonomía territorial, como quiera que al asignar a las entidades territoriales el pago de las condenas, conciliaciones e indemnizaciones de las respectivas contralorías, deriva en un aumento de los costos de la administración territorial, que no dependen de la decisión tomada en materia presupuestal por las autoridades y órganos locales, en desarrollo de las atribuciones que les confieren los artículos 287, 300, 305, 313 y 315 de la Constitución Política [...]”

Con base en lo anterior se concluye que si bien los departamentos, municipios o distritos son quienes financian el funcionamiento de las contralorías territoriales, no son los encargados de asumir con cargo a su presupuesto las condenas que se impongan a las contralorías, debido a que tales entes de control gozan de autonomía administrativa y financiera y además, son las responsables del cumplimiento de las obligaciones laborales del personal a su cargo, y del pago de las sanciones que se deriven por su incumplimiento. Al respecto esta Corporación ya se había pronunciado en decisiones anteriores.³⁶

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B, consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D. C., veintidós (22) de enero de dos mil quince (2015). Expediente 080012333000201200045 01. Número interno: 0062-2014- demandante: Anthony Rodríguez Villa Demandado: Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla, Contraloría Distrital de Barranquilla.

En conclusión: El Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla no es la entidad que debe pagar la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías ordenada en la sentencia de primera instancia, dado que la Contraloría Distrital de Barranquilla goza de autonomía presupuestal y financiera.

7.3. Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden, la Subsección modificará el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada con el fin de precisar el término de causación de la sanción moratoria.

7.4. De la condena en costas

De conformidad con lo señalado en recientes providencias de esta Subsección³⁷ en el presente caso no se condenará en costas de segunda instancia, de acuerdo con el numeral 5 del artículo 365 del CGP, toda vez que prosperaron parcialmente las súplicas del recurso y en tanto que solo se modificará un numeral de la sentencia de primera instancia.

7.5. ÓRDENES ADICIONALES A IMPARTIR EN ESTA INSTANCIA

El Consejo de Estado encuentra necesario impartir las siguientes órdenes adicionales con ocasión del *sub examine*:

- 1. Enviar copias de la presente sentencia y del expediente a la Fiscalía General de la Nación; para que dentro de su competencia, investigue**
-

³⁷ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, proferidas por la Subsección “A” de la Sección Segunda, C.P. William Hernández Gómez, Expedientes: 4492-2013, Demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Demandado: José Francisco Guerrero Bardi.

la posible conducta penal en la que pudieron incurrir los funcionarios de la Contraloría Distrital de Barranquilla, con ocasión de la mora en el pago de las cesantías en este asunto y las consecuencias económicas adverso que ello implicó para la entidad.

2. Exhortar al Contralor Distrital de Barranquilla para que adopte los correctivos necesarios frente a las irregularidades que se presentan en el reconocimiento y pago de las cesantías y así evitar la sanción moratoria (identificar las causas que originan el incumplimiento de los plazos previstos en las normas que regulan las cesantías y elaborar un plan de mejoramiento y mitigación, ajustado a la ley).

Ello en virtud igualmente de los principios de celeridad y eficiencia que rigen la función administrativa, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política y el artículo 3 de la Ley 489 de 1998.

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

8. FALLA

Primero: Modificar el ordinal tercero de la sentencia apelada, el cual quedará así:

TERCERO. – Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la Contraloría Distrital de Barranquilla al reconocimiento y pago de la sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo, desde el 21 de septiembre de 2007 hasta el día 26 de junio de 2008.

Tercero: Confirmar en lo demás la sentencia apelada por los argumentos anteriormente expuestos.

Cuarto: Sin condena en costas de segunda instancia, las cuales se liquidarán por el *a quo*.

Quinto: Enviar copias de la presente sentencia y del expediente con destino a la Fiscalía General de la Nación, para los efectos penales indicados en la parte motiva.

Sexto: Librar el exhorto correspondiente al Contralor Distrital de Barranquilla para los efectos señalados en la parte motiva de esta decisión.

Séptimo: De conformidad con los términos y para los efectos del poder obrante a folio 243, se reconoce personería adjetiva para actuar en nombre y representación de la parte demandada Contraloría Distrital de Barranquilla, al abogado Jose Gregorio Avila Gil, identificado con cédula de ciudadanía 72.232.417 y portador de tarjeta profesional 116.787 del Consejo Superior de la Judicatura.

Octavo: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

EADP/JSG