



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A
Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C. trece (13) de octubre de dos mil dieciséis (2016). SE: 111

Radicado: 080012331000201000340 01 (1175-2012).

Actor: Janeth Esther Alí Ibáñez.

Demandado: Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, Contraloría Distrital de Barranquilla.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho– Decreto 01 de 1984.

ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada frente a la sentencia proferida el 20 de octubre de 2011 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió a las pretensiones de la demanda presentada por la señora Janeth Esther Alí Ibáñez contra el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, Contraloría Distrital de Barranquilla.

ANTECEDENTES

La señora Janeth Esther Alí Ibáñez por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó al Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla y a la Contraloría Distrital de Barranquilla.

Pretensiones

1. Se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

(a) Oficio SG-012-01-0622-09 del 17 de diciembre de 2009 proferido por la Contraloría Distrital de Barranquilla por medio del cual se negó el reconocimiento de la sanción moratoria por la no cancelación o consignación de las cesantías e intereses de las mismas por los años 2004 a 2006.

(b) Oficio DSH 011 del 11 de enero de 2010 emanado del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla que denegó la petición anteriormente enunciada.

2. A título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar de manera solidaria a las entidades demandadas a pagar a la señora Janeth Esther Alí Ibáñez a partir del 16 de febrero de 2005 y hasta que se produzca la consignación de sus cesantías, el valor de \$11.987 correspondiente a un día de salario por cada día de retardo.

3. Se ordene la actualización de la condena con el IPC y se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS (ff. 2)

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

1. La señora Janeth Esther Alí Ibáñez labora en la Contraloría Distrital de Barranquilla en el cargo de «asesor, código 105, grado 02» en el que fue nombrada mediante Resolución 168 del 13 de febrero de 2004 y percibe un salario de \$3.479.600.

2. Hasta la fecha de presentación de la demanda, las entidades no han consignado las cesantías anualizadas correspondientes a los períodos 2004, 2005 y 2006, a las que tiene derecho la demandante y tampoco han cancelado la sanción moratoria por el no pago oportuno de éstas.

3. El día 16 de diciembre de 2009 la señora Janeth Esther Alí Ibáñez solicitó a la Contraloría Distrital de Barranquilla y al Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla el pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías. A través de los Oficios SG-012-01-0622-09 del 17 de diciembre de 2009 y DSH 011 del 11 de enero de 2010 las entidades negaron respectivamente la petición de la demandante.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

(f. 2 a 4)

Se invocaron como normas violadas los artículos 2 y 53 de la Constitución Política; el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, el artículo 1 del Decreto 1582 de 1999 y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Como concepto de violación expuso la demandante que la liquidación de las cesantías de las personas que se vinculan al servicio a partir de la expedición de la Ley 344 de 1996, debe hacerse de manera anualizada, por lo que cuando el empleador no consigna dichos emolumentos antes del 15 de febrero del año siguiente a su causación, debe pagar al trabajador como sanción moratoria, un día de salario por cada día de retardo, tal como lo dispone la Ley 50 de 1990.

La accionante expresó que la omisión de la administración en consignar oportunamente sus cesantías, vulnera los artículos 2 y 53 de la Constitución Política, que protegen los derechos mínimos de los trabajadores.

Adicionalmente señaló que se transgredió el artículo 76 del CCA, al resolver sin motivación alguna su solicitud de pago de la señalada sanción.

Por último anotó que por mandato del Acuerdo 017 de 2004 proferido por el Concejo Distrital de Barranquilla, es el Distrito la persona jurídica obligada a cancelar los derechos que se reclaman.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

- **Contraloría Distrital de Barranquilla** (ff. 41 a 45). Se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Respecto de los hechos manifestó que son ciertos, excepto el referente al no pago de las cesantías, sobre el cual advirtió que la obligación se canceló y que no existe deuda pendiente.

Con fundamento en el artículo 3 de la Ley 383 de 2009 expuso que las obligaciones laborales de las Contralorías fueron asumidas por las entidades territoriales correspondientes, en este caso, el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, por lo que a su juicio, se presentó una subrogación de la obligación. Lo que apoyó también en el Acuerdo 017 de 2004 emanado del Concejo Distrital y según el cual, la Alcaldía Distrital asumió las obligaciones pendientes por costos, erogaciones y cargos asociados, clara y directamente con la prestación del servicio de control fiscal, así como los gastos que representen el flujo de compromisos incurridos en las actividades administrativas y misionales, con corte a diciembre 31 de 2003 y anteriores.

Por último, advirtió que el pago de la sanción moratoria solo procede cuando existe mala fe por parte del empleador. Lo que no sucedió en el caso concreto porque la entidad no actuó con dolo y además, por cuanto existía un profundo déficit fiscal producto de los embargos de sus cuentas. Agregó que la entidad depende de las transferencias que hace el Distrito, luego ante la falta de giro de recursos no tenía como sufragar dichos pagos.

- **Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla** (ff. 76 a 86). Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que si bien es cierto transfiere recursos a la Contraloría, ello no significa que exista solidaridad en cuanto al pago de las indemnizaciones que esta deba reconocer. Adujo que la Contraloría Distrital es un ente técnico y autónomo, el cual al ser el nominador de su personal, tiene la obligación de velar por la consignación oportuna de las cesantías. Señaló además que corresponde a dicha entidad acreditar que efectuó los pagos por estos conceptos.

Propuso las siguientes excepciones:

- **Inexistencia de la obligación del Distrito de Barranquilla para la consignación de las cesantías de la demandante.** Argumentó que el artículo 267 de la Constitución Política creó la Contraloría como una entidad con autonomía presupuestal y administrativa, criterio adoptado también en el artículo 155 de la Ley 136 de 1994, por lo que lo referente a su planta de personal solo le atañe a esta y no al ente territorial. Anotó que no existe convenio ni acto administrativo que imponga al Distrito de Barranquilla la obligación de la consignación de las cesantías de los trabajadores de la Contraloría Distrital, de manera que no puede predicarse solidaridad en el pago de tales emolumentos.

- **Caducidad de la acción.** Para la entidad se configuró la caducidad teniendo en cuenta que el régimen aplicable es el contenido en la Ley 344 de 1996, y que la demandante está solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria del año 2006, luego la misma se causó el 15 de febrero del año 2007 fecha desde la cual debe contarse el término de 4 meses de que trata el artículo 136 ordinal 2.º.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

- **Janeth Esther Alí Ibáñez (ff. 139 a 142 y 144)**

El apoderado de la demandante reiteró lo expuesto en su escrito de demanda, y adicionalmente se refirió a la prescripción (sic: caducidad) que en su entender adujo la Contraloría Distrital, señalando que la misma no procede cuando la relación laboral se encuentra vigente, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 249 del CST, las cesantías se perciben por regla general a la terminación del vínculo.

Finalmente, explicó que la no escogencia del fondo de cesantías no exonera a la entidad demandada de responsabilidad por el no pago oportuno de dicha prestación.

- **Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla (ff. 146 a 150).** En su intervención reiteró lo expuesto en la excepción planteada en la contestación de la demanda que denominó « *Inexistencia de la obligación del*

Distrito de Barranquilla para la consignación de las cesantías de la demandante» la cual alude a la falta de solidaridad de la entidad con la contraloría para asumir los pagos laborales de esta última.

- **Ministerio Público.** No se pronunció en esta etapa procesal.

SENTENCIA APELADA

(ff. 153 a 174)

El Tribunal Administrativo del Atlántico a través de sentencia del 20 de octubre de 2011 declaró la nulidad de los actos demandados. Como consecuencia de ello, condenó al Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla al reconocimiento y pago de la sanción moratoria fijada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de la señora Janeth Esther Alí Ibáñez por los años 2004, 2005 y 2006, desde el 16 de febrero de 2005 hasta el 11 de mayo de 2010.

a) Pronunciamiento sobre las excepciones:

En lo que se refiere a la «caducidad de la acción», el tribunal consideró que como la demanda fue presentada el día 14 de mayo de 2010, fue radicada dentro del término. Al respecto expuso que los actos demandados representan una unidad jurídica, porque ambos están resolviendo la misma petición de la demandante. En ese sentido explicó que el último de ellos fue el Oficio DSH-011 del 11 de enero de 2010 por lo que a partir del día siguiente comenzaba a contarse el término de caducidad.

Así mismo señaló que el día 24 de febrero de 2010, la señora Alí Ibáñez presentó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría 15 para Asuntos Administrativos, por lo que dicho término se suspendió cuando había transcurrido 1 mes y 12 días y se reanudó el 30 de abril de 2010, día siguiente a la expedición de la constancia de no conciliación.

Las demás excepciones las resolvió con el fondo del asunto.

b) Análisis del caso: Explicó el tribunal que con la expedición de la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1999 se estableció la obligación para el empleador de: (i) cancelar al trabajador los intereses legales del 12% anual o

proporcional sobre las cesantías y, (ii) consignar el valor de estas antes del 15 de febrero del año siguiente a su causación, en la cuantía individual del empleado.

Una vez analizó el material probatorio, encontró que la Contraloría Distrital de Barranquilla no cumplió con la obligación mencionada correspondiente a los años 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006 y por tanto debe pagar a la demandante como sanción, un día de salario por cada día de retardo de conformidad con lo dispuesto por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

En lo que respecta a la prescripción, el *a quo* consideró que no había lugar a decretarla, como quiera que para el caso de las cesantías la misma debe contarse a partir del retiro del servicio, lo que no ha sucedido en el caso bajo examen porque la demandante continúa en el cargo.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN (ff. 178 a 190)

El Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla apeló el fallo de primera instancia con el propósito de que se revoque en su integridad. Los argumentos del recurso fueron los siguientes:

(a) Caducidad de la acción: La entidad señaló que la demandante no solicitó la consignación de las cesantías entre el 15 de febrero y el 15 de junio de los años 2004, 2005 y 2006, por lo que las peticiones presentadas ante la entidad fueron extemporáneas. A su juicio, por tratarse de cesantías anualizadas la demandante debió reclamar el pago de las mismas por cada período.

Frente al punto, la entidad manifestó que el tribunal tomó como punto de partida la fecha de expedición del último acto administrativo (11 de enero de 2010) obviando el tiempo transcurrido entre el día que se hizo exigible el pago de las cesantías y la reclamación realizada por la señora Alí Ibáñez.

Adicionalmente, se refirió a la prescripción plasmada en el artículo 151 del Código Sustantivo del Trabajo. Así, expresó que transcurrieran más de tres años sin que la actora pidiera el pago de las cesantías.

Por otra parte, agregó que no existe prueba que acredite que la demandante informó al empleador sobre el fondo elegido para la consignación de las cesantías y justificó la actuación de la entidad apelando a la difícil situación fiscal que atravesaba para la época.

(b) Subrogación de la obligación: Argumentó que el artículo 267 de la Constitución Política creó la Contraloría como una entidad con autonomía presupuestal y administrativa, criterio adoptado también en el artículo 155 de la Ley 136 de 1994, por lo que lo referente a su planta de personal solo le atañe a esta y no a otro ente estatal, por lo que el Distrito de Barranquilla no puede subrogarse las obligaciones laborales que no le corresponden.

Respecto al acuerdo citado por esta última en la contestación de la demanda, señaló que no es aplicable al caso concreto porque: (i) El distrito asumió las obligaciones anteriores al año 2003; (ii) el mismo se refiere a la reestructuración de la entidad, la cual en nada se relaciona con la no consignación oportuna de las cesantías; y (iii) la demandante se vinculó con posterioridad a dicha reestructuración.

(c) Inexistencia de la obligación: La entidad expresó su desacuerdo con lo plasmado en la sentencia de primera instancia relacionado con la no consignación de las cesantías por los años 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006, por cuanto se demostró que la actora ingresó al servicio el 1.º de marzo de 2004, de manera que no es posible predicar el no pago de las cesantías por las anualidades anteriores.

Por último hizo una breve alusión al salvamento de voto y agregó que el juez al proferir sentencia debe partir de la norma, tal como lo prevé el artículo 230 de la Constitución Política.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

- **Janeth Esther Alí Ibáñez.** En su escrito hizo un recuento de los hechos de la demanda. Así mismo citó la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la que se indica que las cesantías son imprescriptibles mientras subsista el vínculo laboral.

- Ninguna de las entidades demandadas se pronunció en esta etapa procesal. Tampoco lo hizo el Ministerio Público.

CONSIDERACIONES

Problemas jurídicos

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

1. ¿En el presente caso se configuró la caducidad de la acción?
2. ¿La sanción moratoria de que trata la Ley 344 de 1996 en concordancia con la Ley 50 de 1990, reclamada por la demandante se debe reconocer por el periodo comprendido entre el 16 de febrero de 2005 y el 11 de mayo de 2010, o la misma se encuentra afectada por el fenómeno de la prescripción?
3. ¿El Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla es la entidad que debe pagar la condena impuesta en primera instancia?
4. ¿El Tribunal en la sentencia impugnada incluyó la orden de pagar la sanción moratoria por los años 2002 y 2003?

A efectos de resolver los problemas jurídicos planteados, la Subsección abordará el estudio de los siguientes temas: **(i)** Caducidad y diferencia con la prescripción; **(ii)** Caducidad de la acción; **(iii)** Prescripción de la sanción moratoria; **(iv)** Las Contralorías Territoriales deben asumir el pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a sus empleados; y **(iv)** La condena impuesta en la sentencia de primera instancia.

1. **Caducidad de la acción. Diferencia entre la caducidad y la prescripción.**

La caducidad es el fenómeno jurídico procesal a través del cual se limita en el tiempo, por mandato normativo, el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de hacer efectivo su derecho. Ello implica de antemano la obligación para quien pretenda demandar de hacerlo dentro del plazo fijado por la ley. No actuar de esta manera, le acarrea la pérdida de la posibilidad de accionar ante la jurisdicción. En síntesis, la caducidad ocurre por la inactividad de quien tiene el deber de demandar dentro del término legal señalado para hacerlo.

Ahora, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹ ha sido clara en diferenciar la caducidad de las acciones contencioso administrativas, de la prescripción. En efecto, se ha dicho que las dos figuras constituyen dos fenómenos jurídicos distintos. La primera, según se expuso, se refiere al término de orden público que tiene el interesado para interponer las acciones que tenga a su alcance con el fin de buscar la protección de sus derechos, es decir, se predica del ejercicio del derecho de acción.

Su finalidad es racionalizar el ejercicio de este, lo que impone al interesado la obligación de emplearla oportunamente, so pena de que las situaciones adquieran firmeza y que se extinga la jurisdicción del juez de lo contencioso administrativo para estudiarlas². Lo anterior encuentra su justificación en la necesidad de obtener seguridad jurídica³.

Por su parte, la prescripción hace alusión directa a la pretensión, esto es, al derecho, y constituye el término particular para adquirirlo o extinguirlo⁴. Es decir, es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo, de acuerdo con las

¹ Este despacho también se refirió sobre el particular en el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez. Bogotá, D. C., abril veintiuno (21) de dos mil dieciséis (2016). SE 036. Radicado: 730012331000200502913 01 (0225-2010). Actor: Julio Cesar Cárdenas Leal. Demandado: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC).

² Ver sentencia Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá D.C., siete (7) de octubre de dos mil diez (2010). Radicación: 25000-23-25-000-2004-05678-02(2137-09). Actor: José Darío Salazar Cruz. Demandado: Procuraduría General de la Nación y Congreso de la Republica.

³ Ver, entre otras, las sentencias de la Sección Segunda, Subsección B, de: 6 de octubre de 2011 (Expedientes 1130 de 2011 y 11 35 de 2011) Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila y de 26 de marzo de 2009. Expediente 1134-07 actor: José Luís Acuña Henríquez. Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Consuelo Sarrio Olcos. Bogotá D.C., diez y ocho (18) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996). Radicación: 7934.

condiciones descritas en las disposiciones que para cada situación se dicten, bien sea en materia adquisitiva o extintiva⁵.

1.1 Caducidad de la presente acción.

El artículo 136 ordinal 2.º del CCA señala el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho así:

« [...] **ARTÍCULO 136.** Caducidad de las acciones.

(...)

2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de **cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto**, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe [...]». (Subraya de la Sala).

De esta manera, el afectado con un acto administrativo cuenta con cuatro meses contados a partir del día siguiente a la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto administrativo, para demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo su nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho. De no hacerlo, su derecho a accionar fenece y por tanto el asunto no puede decidirse de fondo, salvo claro está, que se trate de una prestación que tenga el carácter de periódica, las cuales pueden ser demandadas en cualquier tiempo.

En el *sub examine* se demandó la nulidad de los Oficios SG-012-01-0622-09 el 17 de diciembre de 2009 y DSH 011 el 11 de enero de 2010 por medio de los cuales el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla y la Contraloría de dicho ente territorial negaron respectivamente, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez (E). Bogotá D.C., cuatro (4) de julio de dos mil trece (2013). Radicación: 11001-03-25-000-2012-00301-00(1131-12). Actor: Luz Stella Trujillo Cortés. Demandado: Procuraduría General de la Nación.

En el recurso de apelación, el distrito como argumento de la ocurrencia de la caducidad señaló que la actora no solicitó la consignación de las cesantías dentro de los cuatro meses a su causación (15 de febrero y el 15 de junio de los años 2004, 2005 y 2006), por lo que las peticiones presentadas ante la entidad fueron extemporáneas.

Pues bien, lo primero que debe decirse es que la caducidad se cuenta frente al acto administrativo por medio del cual se dio respuesta a una petición, luego para que ello proceda, se requiere, en primer término, el agotamiento de la vía gubernativa. En el caso que se analiza este requisito se cumplió con las peticiones que presentó la actora el día 16 de diciembre de 2006, ante las entidades demandadas.

Tales peticiones se respondieron a través de los actos demandados, los cuales fueron expedidos así: Oficio SG-012-01-0622-09 el 17 de diciembre de 2009 y DSH 011 el 11 de enero de 2010. Ahora al no existir constancia de notificación de los actos enunciados, la Subsección infiere que la fecha del acto es la que debe tenerse en cuenta para contar el término de caducidad. Así las cosas, el término se vencería el día 18 de abril de 2010 respecto del primer acto administrativo y el 8 de mayo de la misma anualidad frente al segundo. No obstante, el aludido término se prolongó **hasta el 14 de junio 2010** y el **13 de julio de la misma anualidad, respetivamente**, puesto que se suspendió el conteo de la caducidad por 2 meses y 5 días ante la presentación de la solicitud de conciliación prejudicial el día 24 de febrero de 2010, diligencia que se efectuó el día 29 de abril de esa misma anualidad, data en la cual se expidió la respectiva constancia de no conciliación (ff. 14, 15 y 30). Por lo anterior, y al presentarse la demanda el 14 de mayo de 2010 no se configuró la caducidad de la acción.

En conclusión: No se configuró la caducidad de la acción.

1.2 Prescripción de la sanción moratoria:

En el recurso, el ente distrital se refirió también a la prescripción plasmada en el artículo 151 del Código Sustantivo del Trabajo. Así, expresó que transcurrieron más de tres años sin que la actora pidiera el pago de las cesantías.

En lo que concierne a la prescripción trienal de carácter laboral, la Sección Segunda en sentencia de unificación⁶, determinó que la norma aplicable es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, el cual señala:

«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, comoquiera que el término de prescripción previsto en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, se fijó para los derechos en ellos contenidos, dentro de los cuales no se encuentra la sanción moratoria de que trata el artículo 99, ordinal 3.º de la Ley 50 de 1990.

Así las cosas, la sanción moratoria deberá solicitarse a la administración dentro de los tres años siguientes al que se hace exigible la obligación, aun cuando el vínculo laboral este vigente, so pena de verse afectada por el fenómeno de prescripción.

En relación con esta sanción, la Sección Segunda de esta corporación en sentencia del 25 de agosto de 2016⁷ unificó su criterio, en el sentido de indicar que el trabajador tiene la posibilidad de reclamar su reconocimiento ante la administración a partir de que la misma se causa, teniendo en cuenta el término de prescripción trienal señalado en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral y lo previsto en el artículo 104 de la Ley 50 de 1990, que le impone al empleador la obligación de entregar a su empleado un certificado de la liquidación efectuada a 31 de diciembre, es decir, le pone en conocimiento a este último el estado de sus cesantías. Permitiéndole con ello percatarse si hay o no mora por parte de la entidad empleadora.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, actor: Javier Enrique Muñoz Fruto. Número Interno: 3404-2013.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016. Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Núm. interno: 0528-2014. Actor Yesenia Esther Hereira Castillo. Demandado: Municipio de Soledad (Atlántico).

Al mismo tiempo, precisó los siguientes aspectos relevantes sobre dicha indemnización:

i) De forma general el reconocimiento y pago de esta sanción va desde el momento mismo en que se produce hasta que se hace efectivo el pago, no obstante, en aquellos casos en los que esta se prolongue en el tiempo, deberá tomarse como límite final la fecha de pago efectivo o desvinculación del servicio. Pues a partir de esta última situación surge una obligación distinta para el empleador, consistente en el pago de las cesantías definitivas y ya no anualizadas.

ii) El salario que habrá de tenerse en cuenta para la liquidación de esta indemnización será el que devengue el trabajador al momento en que surja la mora, debido a que la obligación de consignación de las cesantías debe efectuarse antes del 15 de febrero del año siguiente a su causación, es decir, que la mora se genera ante el desconocimiento de dicha fecha.

En los casos en que concurren diferentes periodos de cesantías anualizadas sin consignar, la sanción no correrá en forma independiente por cada uno de los años, sino que se reconocerá una única sanción que va desde el primer día en que se causó respecto del primer periodo hasta aquel en que se produzca el pago de la prestación o se retire del servicio

Para el caso concreto se observa que la demandante solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías e intereses de las mismas por los años 2004 a 2006. Aquí cabe precisar que de conformidad con la sentencia de unificación antes enunciada, el cómputo del término de prescripción se cuenta desde que la obligación se hizo exigible, esto es, a partir del 15 de febrero del año siguiente a la causación de las cesantías. De acuerdo con lo anterior, tenemos para el caso presente:

Cesantías	Fecha en que se hizo exigible el pago de la sanción moratoria. Comienzo término de prescripción
Año 2004	15 de febrero de 2005
Año 2005	15 de febrero de 2006
Año 2006	15 de febrero de 2007

Analizado lo anterior, la Subsección advierte que en el presente caso operó el fenómeno de la prescripción, como quiera que solo hasta el día 16 de diciembre de 2009, la demandante presentó la petición referente al pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías. En ese sentido, se debe declarar prescrita la sanción moratoria causada con tres años de anterioridad a dicha fecha, es decir, solo procede el pago de las sumas adeudadas con posterioridad al **16 de diciembre de 2006**.

Debe anotarse que en aquellos casos como el presente, en que concurren diferentes periodos de cesantías anualizadas sin consignar, la sanción no correrá en forma independiente por cada uno de los años, sino que se reconocerá una única sanción que va desde el 16 de diciembre de 2006 hasta el día en que se produjo el pago de la prestación, esto es, el 11 de mayo de 2010.

Por tanto se modificará en este punto la sentencia de primera instancia.

En conclusión: Solo procede el reconocimiento de la sanción moratoria desde el 16 de diciembre de 2006 en adelante y hasta el 11 de mayo de 2010.

2. Las contralorías territoriales deben asumir el pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a sus empleados.

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 dispuesto en la Ley 42 de 1993 (artículo 154).

Precisamente 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, advirtiendo 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.

Ahora, 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 [...]»

En este punto es preciso indicar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, las sentencias de constitucionalidad tienen, por regla general, efectos hacia el futuro, salvo que la Corte

Constitucional en la misma providencia les otorgue otro carácter⁸. Específicamente cuando una norma es declarada inexecutable, el efecto inmediato es que la misma no puede seguir rigiendo ninguna situación hacia el futuro pero sí puede tener aplicación retrospectiva, esto es, pueden gobernar situaciones que se han originado con anterioridad al pronunciamiento pero que aún no se han consolidado⁹. De manera que la inexecutable del artículo 3 de la Ley 1416 de 2010 también afecta las obligaciones de las contralorías territoriales que estaban en disputa al momento de proferirse la sentencia, esto es, que no se habían definido, y por tanto, ya no es obligatorio para el ente territorial asumir dicha carga.

Se suma a lo anterior que si bien son los departamentos, municipios o distritos quienes financian el funcionamiento de las contralorías territoriales, no son los encargados de asumir con cargo a su presupuesto y con la consecuente afectación de sus finanzas, las condenas que se impongan a las contralorías por la sanción moratoria, como quiera 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.

Esa ha sido la posición de la Subsección B de esta Sección, que en caso idéntico al aquí tratado y resolviendo como problema jurídico quién debía hacerse cargo del pago de la condena, si el ente territorial o la contraloría señaló lo siguiente¹⁰:

« [...] Así las cosas, si bien es cierto el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla es el encargado de ejercer la Representación Judicial en el presente asunto, también lo es que, no está obligado a asumir con cargo a su presupuesto, afectando sus finanzas públicas, las condenas que le sean impuestas a la Contraloría Distrital, pues esta última goza de autonomía administrativa y presupuestal.

⁸ Sentencia C- 037 de 1996, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

⁹ Sentencia T-389 de 2008, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁰ 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- Actor: Anthony Rodríguez Villa Demandado: Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla, Contraloría Distrital de Barranquilla.

Por lo anterior, en el presente caso es la Contraloría Distrital de Barranquilla la encargada de cancelar la condena impuesta, de acuerdo con los presupuestos que rigen la estructura Estatal, más aun, teniendo en cuenta que no existe en el presente caso norma alguna que obligue al Distrito de Barranquilla a asumir directamente las obligaciones emanadas de los vínculos laborales originados en una relación legal y reglamentaria, con la Contraloría Distrital, en tal sentido habrá que aclararse el numeral tercero de la Sentencia recurrida [...]»

Se concluye entonces que los departamentos, municipios o distritos según sea el caso, son quienes financian el funcionamiento de las contralorías territoriales. Ahora, las entidades territoriales no tienen la obligación de asumir con su presupuesto las condenas que se impongan derivadas de vínculos laborales en contra de las contralorías porque: (i) No existe norma que les imponga tal obligación, toda vez que el artículo 3 de la Ley 1416 de 2010 fue declarado inexecutable y; (ii) porque las contralorías cuentan con autonomía presupuestal y financiera.

En ese sentido, el pago de la condena impuesta en la sentencia de primera instancia corresponde solo a la Contraloría Distrital de Barranquilla, y no existe solidaridad para dichos efectos con el ente territorial.

Adicionalmente a lo anterior, debe anotarse que al revisar el material probatorio obrante en el proceso, se evidencia que el Acuerdo Distrital 017 de 2004 al que hace alusión la Contraloría en la contestación de la demanda, no fue aportado al proceso por ninguna de las partes. Tampoco fue solicitado en la demanda como prueba (ff. 4 y 5), ni en las contestaciones hechas por las entidades (ff. 45 y 85), ni fue decretada como prueba de oficio por parte del tribunal (f. 97).

Así mismo y teniendo en cuenta lo señalado por la misma Contraloría Distrital en la contestación de la demanda, el aludido acuerdo asignaba al Distrito de Barranquilla, las obligaciones anteriores al 2003 y generadas con ocasión de la restructuración de la entidad, de manera que no puede concluirse que sea el ente territorial el encargado del pago de la condena, como quiera que la sanción moratoria que aquí se reclama es la correspondiente al período

comprendido entre el 16 de febrero de 2005 y el 11 de mayo de 2010 y porque la sanción moratoria no está referida a la reestructuración de la entidad.

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 porque el Acuerdo 017 de 2004 solo se refiere a las obligaciones adquiridas antes del año 2003 y, porque la Contraloría Distrital goza de autonomía presupuestal y financiera, luego le es perfectamente posible asumir sus obligaciones. Por tanto se modificará el numeral tercero de la sentencia en este sentido.

3. La condena impuesta en la sentencia de primera instancia.

El Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla expresó su desacuerdo con la sentencia de primera instancia, por cuanto en esta se hizo alusión a la no consignación de las cesantías por los años 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006, pese a que se demostró que la demandante ingresó al servicio el 1.º de marzo de 2004, luego no es posible predicar el pago de las cesantías por los años anteriores.

Pues bien, revisado el texto de la sentencia de primera instancia, la Subsección advierte que es cierto que el tribunal en el análisis probatorio indicó que la entidad no cumplió con la obligación de consignar las cesantías del actor correspondientes a dichos años (f. 167). Sin embargo, se observa que en el restablecimiento del derecho el tribunal ordenó cancelar a la demandante un día de salario por cada día de retardo en la consignación de sus cesantías por los años 2004, 2005 y 2006 desde el 16 de febrero de 2005 hasta el día 11 de mayo de 2010 (f. 171), lo que indica que no incluyó los años a los que hace alusión el ente distrital apelante.

Adicionalmente y teniendo en cuenta que el *a quo* no declaró la prescripción del derecho, y que por tal razón debe modificarse la sentencia de primera instancia, se torna innecesario aclarar la parte resolutive de dicha providencia en los términos que solicita la entidad recurrente.

Finalmente la Sala se referirá a lo que también advirtió el apelante en el escrito de apelación y que hace alusión a que no existe prueba que la demandante informara al empleador para la consignación de las cesantías y a la justificación de la actuación de la entidad por la difícil situación fiscal que atravesaba para la época.

Frente al argumento planteado, la Sección debe decir que de tiempo atrás la posición jurisprudencial ha sido clara al señalar que la no escogencia por parte del trabajador de su fondo de cesantías no es un eximente de responsabilidad para el empleador, puesto que el mismo no está contemplado en la ley, la cual obliga a consignar las mismas oportunamente so pena de incurrir en la sanción moratoria antes aludida. Además, se ha dicho que los problemas financieros de las entidades estatales no pueden ser excusa para el no reconocimiento y pago oportuno de las acreencias laborales de los servidores vinculados a ellas, aun cuando las mismas se encuentren en reestructuración de pasivos, porque deben protegerse las obligaciones adquiridas con justo título¹¹. Por tanto estos planteamientos del recurso no están tampoco llamados a prosperar.

Además, y teniendo en cuenta que la condena anterior podría generar un detrimento patrimonial para el Estado, se ordenará compulsar copias de la presente actuación a la Procuraduría General de la Nación, a la Contraloría General de la República y a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su cargo.

Decisión de segunda instancia.

Por lo expuesto la Sala considera que se impone modificar el numeral primero de la sentencia proferida el 20 de octubre de 2011 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, y en su lugar se declara probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de los saldos adeudados con ocasión de

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil trece (2013). Radicación: 0800123310002011001760. Expediente: 1219-2012. Actor: Bertilda Vanessa Bernal Higueta. Demandado: Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla, Contraloría de Barranquilla.

la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anteriores al 16 de diciembre del año 2006.

De igual manera, se modificará el numeral tercero de la sentencia aludida, en el sentido de indicar que la responsable de la condena es la Contraloría Distrital de Barranquilla quien debe cancelar la sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo a partir del **16 de diciembre de 2006 hasta el día 11 de mayo de 2010**, indicando además que la sanción no correrá en forma independiente por cada uno de los años, sino que se reconocerá una única sanción.

En todo lo demás se confirmará la sentencia de primera instancia.

Condena en costas

Toda vez que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna procedió de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

Reconocimiento de personería

Se reconocerá personería al doctor José Gregoria Ávila Gil portador de la tarjeta profesional núm. 116.787 del C.S.J como apoderado de la Contraloría Distrital de Barranquilla, en los términos y para los efectos del poder conferido.

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: MODIFÍQUESE el numeral primero de la sentencia proferida el 20 de octubre de 2011 por el Tribunal Administrativo del Atlántico y en su lugar

se declara probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de los saldos adeudados con ocasión de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anteriores al 16 de diciembre del año 2006.

Segundo: MODIFÍQUESE el numeral tercero de la sentencia aludida, el cual quedará así:

«**Tercero:** Como consecuencia de la anterior declaración, condénese a la Contraloría Distrital de Barranquilla, a reconocer y pagar a favor de la señora Janeth Esther Alí Ibáñez, la sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo, a partir del **16 de diciembre de 2006 hasta el día 11 de mayo de 2010.**

La sanción no correrá en forma independiente por cada uno de los años, sino que se reconocerá una única sanción que va desde el 16 de diciembre de 2006 hasta el día en que se produjo el pago de la prestación, esto es, el 11 de mayo de 2010».

Tercero: En todo lo demás, confírmese la providencia apelada.

Cuarto: ACÉPTESE la renuncia al poder presentado por la doctora Sandra Marieth Daza con tarjeta profesional núm. 93.227 del C. J de la Judicatura, quien actuaba como apoderada de la Contraloría Distrital de Barranquilla en los términos del artículo 76 del CGP.

Así mismo, se **RECONOCE** personería al doctor José Gregoria Ávila Gil portador de la tarjeta profesional núm. 116.787 del C.S. de la Judicatura como apoderado de la Contraloría Distrital de Barranquilla, en los términos y para los efectos del poder conferido.

Quinto: Sin condena en costas en esta instancia.

Sexto: Teniendo en cuenta que la condena anterior podría generar un detrimento patrimonial para el Estado, por Secretaría compúlsense copias de la presente actuación a la Procuraduría General de la Nación, a la Contraloría General de la República y a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su cargo.

Séptimo: 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
HERNÁNDEZ**

GABRIEL VALBUENA