



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente : 08001- 23-33-000-2013-00204-01 (4008-2014)
Demandante : **Roy Alberto de la Hoz Vizcaíno**
Demandado : Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla
- contraloría distrital de Barranquilla
Tema : Sanción moratoria por pago tardío de la reliquidación
de las cesantías definitivas

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por el demandante (ff. 244 a 247) y las accionadas (240 a 243 y 263 a 266) contra la sentencia de 21 de mayo de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe (ff. 226 a 236).

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control (ff. 2 a 10). El señor Roy Alberto de la Hoz Vizcaíno, a través de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla - contraloría distrital de Barranquilla, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare la nulidad del (i) oficio DF-012-001-0162-12 de 22 de agosto de 2012, por medio del cual el contralor distrital de Barranquilla negó al actor el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no cancelación de la reliquidación de las cesantías definitivas, y (ii) del acto administrativo ficto producido por el «[...] Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla [...] ante la petición formulada [...] el día 13 de agosto de 2012 [...], sin obtener respuesta [...]a la solicitud de pago de la [...] sanción moratoria».

A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la parte demandada reconocer y pagar «[...] a partir del 1° de agosto de 2007 [...] hasta el 5 de mayo



de 2010, [...] la sanción que debe corresponder a la suma que resulte de multiplicar un día de salario [...], por cada día de retardo y mora en el pago de cesantías definitivas».

1.3 Fundamentos fácticos. Relata el demandante que «[...] laboró para la Contraloría Distrital de Barranquilla, [...] desde el [...] 01 de junio de 2001, hasta el [...] 19 de marzo de 2004».

Asevera que «[...] le reconocieron mediante Resolución No. CTR-RS [...] 0113 de 30 de abril de 2007, la reliquidación de las cesantías definitivas y demás prestaciones sociales [...]», decisión notificada el 16 de mayo de 2007.

Que «[...] le cancelaron la reliquidación de las cesantías el día 05 de mayo de 2010, es decir 2 años y 8 meses después de hacer exigibles estas».

Arguye que «[...] el 13 de Agosto [sic] de 2012 [...] impetró Reclamación Administrativa ante el Distrito de Barranquilla, mediante la cual solicitó el pago [...] de la sanción moratoria establecida en el parágrafo del artículo 2 de la Ley 244 de 1995».

Que «[...] el Distrito de Barranquilla [...] expidió el oficio No. 4570 de 15 de agosto de 2012, en el que señaló que la solicitud había sido trasladada a la Secretaría de Hacienda, por no ser de su competencia [...]».

Aduce que «[...] el 13 de agosto de 2012, [...] impetró reclamación administrativa ante la Contraloría Distrital de Barranquilla, mediante la cual solicitó el pago [...] de la sanción moratoria establecida en el parágrafo del artículo 2 de la Ley 244 de 1995 [...]», la cual fue resuelta «[...] mediante acto administrativo No. DF-012-00162-2 de fecha 22 de agosto de 2012, por [...] el jefe de la Oficina Asesora con Funciones de Financiera de la Contraloría Distrital de Barranquilla, notificado el día 29 de agosto de 2012 [...]».

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por los actos demandados los artículos 13, 29, 53 y 209 de la Constitución Política; 1.º (parágrafo), 2 (parágrafo), 3 y 4 de la Ley 244 de 1995.

Dice que «[...] el no pago oportuno del auxilio de cesantías definitivas [...] a más tardar [...] el 30 de abril de 2007, fecha en que se hizo exigible el reclamo



de las cesantías [...] hasta el 5 de mayo de 2010, fecha en que fueron efectivamente canceladas, trae como consecuencia que estas entidades administrativas [...] reco[nozcan] un día de salario por cada día de mora a causa del retardo en el pago oportuno de las cesantías».

Que «[...] se encuentra cobijado por la [...] Ley 244 de 1995, por lo tanto, su empleador [...] al no realizar el pago de sus prestaciones sociales en forma oportuna, se encuentra incurso en la violación flagrante de estas normas [...], existiendo [...] una conducta omisiva y abiertamente ilegal que afecta de NULIDAD los actos administrativos que expidieron [...]».

1.5 Contestación de la demanda

1.5.1 El Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla (ff. 42 a 49), a través de apoderada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones; respecto de los hechos afirma que algunos son ciertos, otros no y los demás no constituyen situaciones fácticas.

Sostiene que se debe declarar la ineptitud sustantiva de la demanda, en razón a que «[...] el oficio df-012-001-0162-12 de agosto 22 de 2012, notificado el 29 de Agosto [sic] del mismo año, no contiene los elementos que lo identifiquen como acto administrativo, pues no creó, modificó o extinguió una situación jurídica individual y concreta [...]».

Propone la excepción de «FALTA DE DECISIÓN PREVIA [ya que] no existe acto expreso [...] que pueda ser demandado mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho», toda vez que «[...] la actora [sic] debió solicitarle [...] a la entidad el pago de las prestaciones sociales a las que considerara tener derecho, para provocar por parte de ella, una decisión contra la cual hubiera podido presentar los recurso de Ley, y así agotar debidamente la vía gubernativa, con la cual tendría acceso a una eventual demanda [...]».

Expresa que existe «[...] FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA [...] al considerar el oficio de agosto 22 de 2012 como un acto administrativo y no de trámite [...] ».

Considera que hay «[...] Falta de legitimación sustantiva de la demanda por pasiva [porque] los actos administrativos aquí cuestionados son proferidos por



la Contraloría Distrital de Barranquilla, [...] organismo autónomo financiera y administrativamente [...].».

1.5.2 Contraloría Distrital de Barranquilla. Sin bien se presentó escrito de contestación de demanda en nombre de este ente de control, quien dijo representarlo no acreditó su calidad de abogada, por lo que no se tuvo en cuenta.

1.6 Providencia impugnada. El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante sentencia de 21 de mayo de 2014 (ff. 226 a 236), accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, sin condena en costas, al estimar que «[...] al demandante, se le reconoció [...] la reliquidación de las cesantías definitivas como consecuencia del reajuste salarial [...] con efectos retroactivos [...] entre el 1 de enero al 19 de marzo de 2004, fecha de su retiro; acto administrativo que le fue notificado el 16 de mayo de 2007, y por tanto quedó en firme a partir del día 24 de mayo de 2007 [...].».

Que «[...] bajo el entendido que las cesantías definitivas le fueron reliquidadas y por tanto, los valores finalmente reconocidos integran también ese auxilio prestacional que debía pagarse dentro de la oportunidad establecida por la ley, se tiene que, si aplicamos lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, contaba con 45 días hábiles desde el día siguiente al que quedó en firme la resolución que reconoció la reliquidación de las cesantías definitivas al actor, la entidad demandada debía haberle cancelado la reliquidación de las mismas a más tardar el día 1 de agosto de 2007; pero según ha quedado [...], solo fue hasta el 5 de mayo de 2010 [...].».

Dispuso que como «[...] la demandada [...] le adeuda [...] el pago de la [...] reliquidación [...] para dar aplicación a lo dispuesto por el parágrafo del art. 2 de la Ley 244 de 1995, el día de salario se determinará así: la diferencia resultante entre el salario con el cual se liquidó inicialmente el auxilio de cesantías definitivo y el salario que sirvió de base para reliquidarlas (último salario ya con el reajuste retroactivo), y esa diferencia deberá dividirse en 30 días. La suma obtenida es la que deberá ser multiplicada por el número de días de retardo para así determinar el valor de la sanción».

Que «[...] como el primer reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la reliquidación de las cesantías definitivas se hizo exigible a partir del 2 de agosto de 2007 [...], el demandante formuló su petición ante la



entidad empleadora [...] el 13 de agosto de 2012 [...], y [...] la demanda se presentó el 18 de febrero de 2013 [...], quiere decir que han transcurrido más de tres (3) años desde el momento en el cual se causó el derecho a percibir la referida sanción moratoria y la reclamación, presentándose el fenómeno de la prescripción trienal de las anteriores al 13 de agosto de 2009, por lo que su pago se hará efectivo a partir de esa fecha [...]».

1.7 Recursos de apelación.

1.7.1 Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla (ff. 240 a 243). Inconforme con la decisión de primera instancia, esta accionada interpone recurso de apelación, en cuanto a que «[...] el precedente jurisprudencial [...] del Consejo de Estado, [...] desde el año 2003, bien [sic] desarrollando la tesis de que si bien es cierto que las Contralorías territoriales no poseen personería jurídica, y quien tiene es la entidad territorial donde se desarrolla sus funciones de control, pero solo para que defienda su posición, porque en últimas, es la entidad de control quien debe cancelar la condena que se le imponga».

1.7.2 Contraloría distrital de Barranquilla (ff. 263 a 266). Esta demandada interpone recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, ya que «[...] el actor actúa de mala fe, haciendo caer en error a la administración de justicia, debido a que la norma le autoriza hacer valer su derechos en el término perentorio, del cual se hizo caso omiso y además [...] hubo pago total de la obligación, lo cual se puede constatar en el expediente, con el comprobante de egreso No. 10005804 de Mayo [sic] 5 de 2010 de FIDUPREVISORA S.A., a nombre del demandante».

Que «[...] depende presupuestal y económicamente del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, y sus recursos económicamente dependen de los giros que realice la Alcaldía Distrital, [...] así lo afirma la ley 1416 de 2010 [...]».

1.7.3 Demandante (ff. 244 a 247). El actor, en desacuerdo con la decisión de instancia, interpone recurso de apelación de manera parcial, en el que aduce que «[...] el término de prescripción para ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, a efectos de condenar y obligar a la entidad empleadora y a su solidaria a pagar [...] la SANCIÓN MORATORIA, [...] deberá empezar a contabilizarse desde la fecha en que ciertamente se realiza el



pago del auxilio de cesantías, en este caso cuando se efectúe el pago de la [...] resolución 0702 de 09 de octubre de 2003 [sic]».

II. TRÁMITE PROCESAL

Los recursos interpuestos fueron concedidos mediante proveído de 17 de julio de 2014 (ff. 272 y 273) y admitidos por esta Corporación a través de auto de 20 de octubre siguiente (f. 399); en el que se dispuso la notificación personal al Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento del artículo 247 del CPACA.

2.1 Alegatos de conclusión. Admitidos los recursos de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 25 de febrero de 2015 (f. 408), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por el actor, para reiterar los argumentos planteados en la demanda.

III. CONSIDERACIONES

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 150 del CPACA esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

3.2 Cuestión previa. Previo a abordar el estudio del fondo del asunto, la Sala advierte que la apoderada del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla en el escrito de apelación argumenta que «[...] no existe norma [...] que [lo] obligue a [...] cancelar las obligaciones laborales de la [...] Contraloría Distrital de Barranquilla [...]». Al respecto, cabe anotar que esta no es la oportunidad para analizar la legitimación en la causa por pasiva alegada, toda vez que esta excepción fue propuesta y decidida de manera negativa por el *a quo* en audiencia inicial celebrada el 2 de abril de 2014 (ff. 152 a 157), sin que se interpusiera recurso alguno.

Pese a lo anterior, es menester precisar que esta Corporación¹ ha sido enfática al aseverar que si bien la contraloría distrital de Barranquilla goza de autonomía

¹Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, sentencia de 19 de enero de 2017, consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación 001233300020130016801(2981-2014).



presupuestal y administrativa², por tanto, la hace responsable del pago de una eventual condena³, ello no le confiere personería jurídica, por lo que el centro de imputación jurídica es el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, sin perjuicio de la representación otorgada al contralor en el artículo 159 del CPACA⁴, por lo que el contradictorio se encuentra correctamente integrado.

3.3 Problema jurídico. Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si al demandante le asiste derecho o no para reclamar del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla - contraloría distrital la sanción moratoria establecida en el artículo 5.º de la Ley 1071 de 2006, que modificó la 244 de 1995, por el pago tardío de la reliquidación de sus cesantías definitivas.

3.4 Marco jurídico. En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

² La Ley 42 de 1993, «sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen», estableció «En desarrollo del artículo 272 de la Constitución Nacional, las asambleas y concejos distritales y municipales deberán 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» (artículo 66).

³ La Ley 1416 de 2010 «Por medio de la cual se fortalece al ejercicio del control fiscal», en su artículo 3, dispuso «Artículo 3. En desarrollo del fortalecimiento, garantía y salvaguarda del control fiscal territorial, las entidades territoriales correspondientes, asumirán 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, sin que esto afecte el límite de gastos del funcionamiento en la respectiva Contraloría Territorial». Disposición que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-643 de 23 de agosto de 2012, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, por desconocer la autonomía de las entidades territoriales y las competencias de sus autoridades, según lo previsto en los artículos 1.º y 287 de la Constitución Política, al estimar: «Por último, la Corte encuentra que la disposición acusada desconoce abiertamente la autonomía territorial, como quiera que asignar a las entidades territoriales el pago de las condenas, conciliaciones e indemnizaciones de las respectivas contralorías propicia el incremento de los costos de la administración territorial, que no depende 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.

La autonomía de las entidades territoriales resulta lesionada toda vez que, de continuar vigente la norma bajo estudio, estas deberán asumir el pago que resulte de las conciliaciones, condenas o indemnizaciones generadas por la Contraloría respectiva. Es evidente que la ley interviene de manera directa en el autogobierno y autoadministración que la Constitución reconoce como uno de los atributos que configuran la autonomía territorial, en detrimento de su propia política presupuestal y la debida atención de los servicios, programas, proyectos y prioridades de cada ente territorial».

⁴ «Artículo 159. Capacidad y representación.

[...]

Las entidades y órganos que conforman el sector central de las administraciones del nivel territorial están representadas por el respectivo gobernador o alcalde distrital o municipal. En los procesos originados en la actividad de los órganos de control del nivel territorial, la representación judicial corresponderá al respectivo personero o contralor».



Las cesantías son una prestación social a favor del trabajador y a cargo del empleador, que tienen por objeto brindar unos recursos al primero para cubrir sus necesidades, como una protección transitoria al quedar cesante.

Por su parte, la indemnización moratoria por el pago tardío de las anteriores, hace parte del derecho sancionador por el incumplimiento de una obligación del empleador, la que carece de carácter accesorio e imprescriptible⁵, ya que (i) se causa por su no pago y no depende directamente del reconocimiento de las cesantías, ni hace parte de ellas, dado que se genera de manera excepcional, cuando el empleador omite su deber de cancelarlas dentro de los términos legales⁶; y (ii) dada la naturaleza sancionatoria de la indemnización por mora, no puede considerarse como un derecho exento del término de prescripción, so pena de vulnerar disposiciones legales que consagran que no existirán sanciones imprescriptibles.

En lo que atañe a la indemnización moratoria por el pago tardío o extemporáneo de las cesantías, la Ley 344 de 1996⁷, que remite al artículo 99 de la 50 de 1990,⁸ refiere a las anualizadas, y la Ley 244 de 1995⁹, adicionada y modificada por la 1071 de 2006¹⁰, regula lo concerniente a las cesantías definitivas y parciales.

Para el interés del asunto *sub examine*, la Ley 244 de 1995 determina:

Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal 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

⁵ Respecto del fundamento normativo de la sanción moratoria, ver sentencia de unificación de la sección segunda de 25 de agosto de 2016, con ponencia del entonces consejero Luis Rafael Vergara Quintero, radicado 0528-14.

⁶ Sentencia de la sección segunda, subsección A, de 1º de diciembre de 2016, consejero ponente: William Hernández Gómez, expediente: 08001-23-31-000-2011-01398-01(3221-15).

⁷ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones».

⁸ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones».

⁹ «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».

¹⁰ «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».



incompleta, deberá informárselo al penitenciario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Artículo 2º.- La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

Parágrafo.- En caso de mora en el pago de las cesantías 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 éste.

En ese contexto, la entidad pública empleadora debe expedir la correspondiente resolución dentro de los 15 días siguientes a la solicitud (cesantías parciales o liquidación de cesantías definitivas, según el caso) del interesado y tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles para su pago, a partir de la fecha en que adquiera firmeza el acto de reconocimiento, so pena de pagar un día de salario por cada día de retardo hasta su sufragación efectiva.

Al respecto, la sala de lo contencioso-administrativo del Consejo de Estado, en fallo de 27 de marzo de 2007, radicado 276001-23-31-000-2000-02513-01 (2777-2004) IJ, proferido en vigor del Código Contencioso Administrativo (CCA), unificó el criterio respecto de la forma como se contabiliza ese término, así:

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 a 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.

[...]

Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía (...) el tiempo a partir del



cual comienza el término para que se genere la indemnización moratoria será 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, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.

Sobre el mismo tema, la sección segunda de esta Corporación en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016¹¹, en lo concerniente a la reclamación, explicó que «[...] entre la fecha del retiro del servicio y la fecha en que empieza a correr la indemnización moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías definitivas, existe un lapso de por lo menos 65 días, durante los cuales se hace la reclamación de las prestaciones definitivas, se expide la resolución para su liquidación, se notifica y queda en firme ese acto administrativo y, finalmente, se realiza el pago dentro del término que prevé la Ley 244 de 1995», comoquiera que vencido el anterior, se causa la sanción moratoria.

No obstante, en vigor del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), el término de ejecutoria del acto administrativo es de diez días, como lo preceptúa el artículo 76¹², motivo por el cual el tiempo con el que cuenta la Administración para reconocer, liquidar y pagar el auxilio de cesantías es de 70 días hábiles a partir de la solicitud, como lo ha sostenido esta subsección¹³, comoquiera que transcurridos aquellos, se genera la sanción moratoria.

¹¹ Consejo de Estado, sección segunda, sentencia CE-SUJ004 de 25 de agosto de 2016, consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, expediente: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14).

¹² Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011). «Artículo 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar.

El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción.

Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios».

¹³ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho: (i) sentencia de 30 de marzo de 2017, consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente 08001-23-33-000-2014-00332-01(3815-15); (ii) sentencia de 2 de marzo de 2017, consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente 08001-23-33-000-2012-00431-01(1721-14); (iii) sentencia de 26 de enero de 2017, consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente 08001-23-33-000-2013-00790-01(2621-15).



Dicho en otras palabras, el término a partir del cual se hace exigible la sanción moratoria, por el pago tardío de las cesantías definitivas, comprende las siguientes posibilidades:

- (i) 45 días hábiles a partir del día siguiente de la ejecutoria (5 días hábiles en vigor del CCA o 10 con el CPACA) del acto que reconoce las cesantías definitivas; o en su defecto,
- (ii) cuando al cabo de los 15 días hábiles siguientes a la formulación de la solicitud por el interesado, esta no se resuelve o no se profiere el acto que las reconoce, se tendrá en cuenta la fecha de presentación, para contar 65 (CCA) o 70 (CPACA) días hábiles, que transcurridos, a partir del día hábil siguiente se causará la sanción moratoria.

Por otra parte, si bien es cierto que la Ley 1769 de 2015¹⁴, en su artículo 89¹⁵, amplió el término de 45 a 60 días hábiles (siguientes a la fecha en que quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación y pago de la prestación social) para sufragar las cesantías, también lo es que dicho precepto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-486 de 7 de septiembre de 2016, al considerar que es una norma regresiva, que afecta los derechos de los trabajadores; la que fue proferida con efectos retroactivos, por lo que se aplican los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006 para contabilizar los días de retardo.

Al respecto, resulta menester a esta Sala precisar que la norma a aplicar en el caso de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías es la que se encuentre en vigor al momento en que se causa la mora, no al término del vínculo laboral ni cuando se hace la petición de la cesantía.

3.4 Caso concreto. El material probatorio traído al plenario da cuenta de la situación respecto de los hechos a los cuales se refiere la presente demanda, en tal virtud, se destaca:

¹⁴ «Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2016».

¹⁵ «ARTÍCULO 89. El pago que reconozca el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag) por concepto de cesantías parciales o definitivas a sus afiliados se deberá realizar dentro de los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha en que quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación y pago de la prestación social solicitada.

A partir del día hábil sesenta y uno (61), se deberán reconocer a título de mora en el pago, intereses legales a una tasa equivalente a la DTF efectiva anual, causado diariamente por la suma no pagada».



- a) A través de Resolución CTR-RS 113 de 30 de abril de 2012, el contralor distrital de Barranquilla le reliquida al accionante sus cesantías definitivas (ff. 13 a 14), que «[...] mediante Resolución No. 0313 de 2 abril de 2004 le fueron reconocidas [...] por haber laborado con la entidad hasta el 19 de Marzo [sic] de 2004».
- b) Mediante Resolución 16 de 21 de enero de 2005, el contralor distrital de Barranquilla autorizó el incremento salarial de los trabajadores de la planta de cargos de esa entidad, desde el 1º. de enero de 2004, conforme al índice de precios al consumidor (ff. 15 a 17).
- c) El actor solicitó ante el contralor distrital de Barranquilla y el alcalde del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla el 13 de agosto de 2012 (radicados 2033 y 11546), el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no cancelación oportuna de la reliquidación de las cesantías definitivas (ff. 18 y 19).
- d) Con oficio 4570 de 15 de agosto de 2012, la gerencia de gestión humana de la alcaldía del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla informó al demandante que el «[...] oficio recibido y radicado [...] el 13 de agosto de 2012, fue trasladado a la Secretaría de Hacienda [...]» (f. 20).
- e) Por medio de oficio DF-012-00162-12 de 22 de agosto de 2012, el jefe de la oficina asesora con funciones de financiera de la contraloría distrital de Barranquilla niega la petición de reconocimiento y pago de sanción moratoria por el pago tardío de la reliquidación de las cesantías del demandante (ff. 22 a 23).
- f) Según certificación de 30 de agosto de 2005 del secretario general de la contraloría distrital de Barranquilla, el actor laboró para ese ente en el cargo de director financiero, código 18, grado 3, desde el 1º. de junio de 2001 hasta el 19 de marzo de 2004 (f. 26).
- g) De acuerdo con comprobante de egreso 10005804 de 5 de mayo de 2010, la Fiduprevisora S.A. canceló al actor la reliquidación de las cesantías y demás prestaciones sociales ese día.

De las pruebas enunciadas se desprende que el actor laboró para la contraloría



distrital de Barranquilla como director financiero, código 18, grado 3, desde el 1º. de junio de 2001 hasta el 19 de marzo de 2004, por lo que el citado ente le reconoció mediante Resolución 313 de 2 de abril de 2004 las cesantías definitivas.

Posteriormente, la mencionada contraloría, a través de la Resolución 113 de 30 de abril de 2007, le reliquidó las cesantías definitivas en consideración a lo dispuesto en la Resolución 16 de 21 de enero de 2005, «por medio de la cual se autoriza el incremento salarial de los trabajadores de la planta de cargos de la Contraloría Distrital de Barranquilla»; reajuste que le fue cancelado el 5 de mayo de 2010.

Luego, el actor el 13 de agosto de 2012 solicitó del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla y la contraloría de ese ente territorial el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995, por no cancelar de manera oportuna la reliquidación de sus cesantías, negada por el contralor distrital a través de oficio DF-012-001-0162-12 de 22 de agosto de la misma anualidad, mientras que aquel guardó silencio.

Así las cosas, en lo atañedor al reconocimiento y pago de la sanción moratoria respecto de la reliquidación de cesantías, advierte la Sala que la Ley 224 de 1995, en su artículo 2, prevé para el empleador un plazo para reconocer y «cancelar» las cesantías definitivas o parciales, so pena de verse obligado a otorgar al servidor público, a título de indemnización, «un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago», de manera que la sanción reclamada solo procede en los casos en que la entidad empleadora no sufrague a tiempo la prestación¹⁶, por lo que reconocerla frente a la diferencia en la liquidación del derecho reclamado, desconoce el principio de legalidad, fundamento del debido proceso que enmarca el derecho administrativo sancionador, porque solo la ley puede describir las conductas constitutivas de infracción, así como su respectiva sanción; y dicha norma es clara al estipular que la obligación se cumple con el desembolso del dinero a favor del trabajador.

En este orden de ideas, como en el *sub lite* la entidad accionada, a través de la Resolución 313 de 2 de abril de 2004, le reconoció al actor las cesantías

¹⁶ Sección segunda, subsección B, sentencia de 17 de octubre de 2017, consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente 080001-23-33-000-2012-00017-01 (2839 -2014).



definitivas y las pago de manera oportuna, cumplió con la imposición que contempla la Ley 224 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, y si bien en este primer acto administrativo no se liquidó en debida forma la prestación, no fue por causa atribuible a la entidad, pues una vez dictada la Resolución 16 de 21 de enero de 2005, que ordenó el reajuste salarial conforme al índice de precios al consumidor para los empleados de la contraloría distrital de Barranquilla para el año 2004, procedió a ajustar el valor y pagar el saldo restante de las cesantías como correspondía, de lo que se evidencia que la entidad demandada no trasgredió la norma alegada y, en consecuencia, no es del caso imponer la sanción moratoria reclamada por el demandante.

Con fundamento en los elementos de juicio allegado al expediente y apreciado en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se revocará la sentencia de primera instancia, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda y, en su lugar, se negarán.

Por último, comoquiera que quien se halla habilitado legalmente para ello confirió poder en nombre de la contraloría distrital del Barranquilla, se procederá a reconocerle personería a la profesional del derecho destinataria de dicho mandato (ff. 436 a 450).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1.º **REVÓCASE** la sentencia proferida el 21 de mayo de 2014 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por el señor Roy Alberto de la Hoz Vizcaíno contra el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barraquilla - contraloría distrital de Barranquilla; en su lugar:

2.º **NIÉGANSE** las pretensiones de la demanda, conforme a lo indicado en la motivación.

3.º Reconócese personería a la abogada Nelcy Cecilia Mosquera Mariottis, con cédula de ciudadanía 1.140.845.359 y tarjeta profesional de abogado 276.198



Expediente: 08001-23-31-000-2013-00204 -00 (4008 -2014)
Acción de nulidad y restablecimiento del derecho
Roy Alberto de la Hoz Vizcaino contra contraloría distrital de Barranquilla y otro

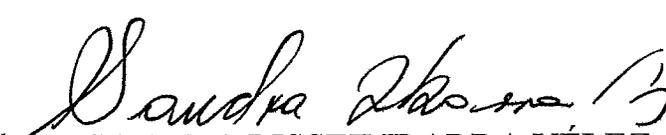
del C. S de la J., para actuar dentro del presente proceso en representación de la contraloría distrital de Barranquilla, en los términos del poder conferido.

4.º Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de la fecha.


CARMELO PERDOMO CUÉTER


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ


CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Handwritten notes or scribbles, possibly including the number '104' and other illegible characters.

