

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

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D. C., 19 de enero 2017.

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho.-
Radicación: 08001233300020130016801.-
Interno: 2981-2014.-
Actor: Walter Arcesio Guevara Rodríguez.-
Demandados: Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla,
Contraloría Distrital de Barranquilla.-
Tema: Sanción moratoria.-

FALLO SEGUNDA INSTANCIA – LEY 1437 DE 2011

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla contra la sentencia proferida el 27 de febrero de 2014 por el Tribunal Administrativo del Atlántico que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada por el señor Walter Arcesio Guevara Rodríguez.

ANTECEDENTES

El señor Walter Arcesio Guevara Rodríguez presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – *Ley 1437 de 2011*, con el objeto de que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos: i) Oficio DF-012-001-0163-12 expedido por Contraloría Distrital; y ii) acto administrativo ficto derivado del silencio administrativo negativo frente a la petición elevada ante el Distrito de Barranquilla el 17 de agosto de 2012; decisiones mediante las cuales negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria¹ derivada del incumplimiento de la consignación de las cesantías anualizadas para los años 2004 a 2006, y a título de restablecimiento, el pago de la suma equivalente a un día de salario (\$55.671,00) por cada día de retardo hasta el 12 de mayo de 2010, por ser la fecha en que se efectuó la consignación de las cesantías debidas.

Fundamentos fácticos².-

¹ De acuerdo con lo establecido en la “(...) Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, norma que remite y se complementa con lo dispuesto en los artículos 99, 102, 104 y subsiguientes de la Ley 50 de 1990 (...)”.

² Folios 5 y 6 del plenario.

El demandante señaló que laboró en la Contraloría Distrital de Barranquilla desde el 12 de abril de 2004 hasta el 13 de abril de 2012 en el cargo de Profesional Universitario, sin que la entidad empleadora haya cumplido dentro del término la obligación establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 respecto del auxilio de cesantías causado para las anualidades de 2004 a 2006, pues solo hasta el 12 de mayo de 2010 efectuó la consignación de los valores adeudados.

Normas violadas y concepto de violación³.-

Invocó como normas desconocidas los artículos 13, 29, 53, 209 de la Constitución Política; 138 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; 99 numeral 3º de la Ley 50 de 1990; 13 de la Ley 344 de 1996; 21 del Decreto 1063 de 1991; 1º del Decreto 1582 de 1998; y 20 del Código de Procedimiento Civil.

Acusó los actos administrativos de haberse expedido con infracción de las normas citadas en precedencia, las cuales establecen el régimen anualizado de liquidación y consignación de las cesantías de los empleados del nivel territorial vinculados con posterioridad al 31 de diciembre de 1996; por ende, al incumplir la obligación dentro de la oportunidad legal, su entidad empleadora, esto es, el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla y la Contraloría Distrital incurrieron en una conducta omisiva que

³ Folios 7 Y 8 del expediente.

desconoció los derechos del trabajador y la irrenunciabilidad mínima de las garantías laborales, establecida en el artículo 53 de la Constitución Política.

Contestación de la demanda.-

- Contraloría Distrital de Barranquilla⁴

Contestó la demanda y se opuso al cargo formulado contra el acto administrativo acusado al considerar que la reclamación fue presentada de forma extemporánea, por lo que se configuró la prescripción de conformidad con el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Indicó que a través del Acuerdo 11 de 2006 expedido por Concejo Distrital se creó entre otros, el Fondo Cuenta de Liquidaciones de la Contraloría Distrital de Barranquilla en aras de financiar y ejecutar el pasivo correspondiente a obligaciones laborales y pensionales incluidas en el Acuerdo de Reestructuración del Distrito.

Finalmente, adujo que la entidad que representa depende de las transferencias que realice la Alcaldía de Barranquilla, por lo que su

⁴ Folios 46 a 50 del expediente.

autonomía presupuestal no es absoluta y la personería jurídica está en cabeza de la entidad territorial a la cual pertenece.

El Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla⁵

La entidad territorial señaló que el ente de control debe responder por sus obligaciones laborales, en virtud de su autonomía administrativa, financiera y presupuestal, toda vez que las prestaciones reclamadas devienen de un ex servidor público de la Contraloría Distrital.

Propuso los siguientes argumentos que denominó excepciones: i) Falta de legitimación en la causa, por cuanto el demandante no laboró para el Distrito de Barranquilla; ii) Inaplicabilidad de las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996 y del Decreto 1582 de 1998, debido a la terminación de la relación laboral entre el actor y la Contraloría Distrital en abril de 2012; razón por la cual, a efectos de resolver la controversia debe aplicarse la Ley 244 de 1995.

Audiencia Inicial⁶

El Magistrado Ponente del Tribunal Administrativo del Atlántico se constituyó en audiencia pública celebrada el 9 de agosto de 2013, en la cual, una vez agotado el saneamiento del proceso, declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Distrito de Barranquilla, en

⁵ Folios 60 a 66 del expediente.

⁶ Folios 129 a 139.

atención a que conforme con el artículo 159 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los órganos del sector central de la administración del nivel territorial están representadas en este caso por el alcalde distrital, pese a que la representación judicial corresponda al respectivo contralor.

Sentencia de primera instancia⁷.

El Tribunal Administrativo del Atlántico en fallo de 27 de febrero de 2014 declaró la nulidad de los actos administrativos acusados y condenó a las entidades demandadas al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la omisión en la consignación oportuna del auxilio de cesantías correspondiente a los años 2004 a 2006, desde el 16 de febrero de cada anualidad hasta la fecha de terminación de la relación laboral, sin lugar a la declaratoria de prescripción, en la siguiente forma:

Por el auxilio de cesantía de 2004	Desde el 16/02/2005 hasta el 13/04/2012
Por el auxilio de cesantía de 2005	Desde el 16/02/2006 hasta el 13/04/2012
Por el auxilio de cesantía de 2006	Desde el 16/02/2007 hasta el 13/04/2012

El *A quo* consideró que el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria pretendida originada por la no consignación de la prestación social antes del 15 de febrero de cada año; diferente a aquella

⁷ Folios 234 a 249 del expediente.

originada por la omisión en el pago de las cesantías definitivas establecida en la Ley 244 de 1995.

Refirió que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado⁸ la sanción es pagadera hasta el momento en que el empleado público se retira del servicio, que para el caso concreto acaeció el 13 de abril de 2012.

Finalmente, señaló que no se configuró el fenómeno extintivo de la prescripción, toda vez que la posibilidad de demandar nace desde el momento en que la administración, al retiro del servicio no hace entrega de la suma correspondiente a este concepto; por ende, en atención a que el actor estuvo vinculado a la Contraloría Distrital de Barranquilla hasta el 13 de abril de 2012, tenía hasta el 14 de abril de 2015 para efectuar la solicitud.

Recurso de apelación.-

El Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla⁹

La apoderada judicial de la entidad territorial manifestó su desacuerdo frente a la decisión del *a quo* reiterando algunos argumentos expuestos en la contestación de la demanda, como lo fue el que de acuerdo con las pruebas aportadas, se demostró que no existió una relación laboral entre el actor y el Distrito de Barranquilla y en virtud de la autonomía administrativa, financiera

⁸ Al respecto citó: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 15 de septiembre de 2011 y sentencia de 9 de mayo de 2013.

⁹ Folios 257 a 262 del expediente.

y presupuestal de la Contraloría, le corresponde atender las reclamaciones presentadas por los empleados públicos vinculados al órgano de control.

Adujo que la Ley 344 de 1996 y las normas concordantes no son aplicables al caso concreto, debido a que el vínculo laboral finalizó en abril de 2012 y la reclamación de la sanción por mora fue presentada hasta el 17 de agosto de 2012. En consecuencia, la disposición que regula la situación fáctica del actor es la Ley 244 de 1995, pues según el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado¹⁰, la sanción prevista para el régimen anualizado será pagadera hasta el momento en que el empleado se retire del servicio y la segunda, a partir del fenecimiento de la relación laboral.

Por último, indicó que la sanción moratoria se debe liquidar hasta el 12 de mayo de 2010, por ser la fecha en que la entidad consignó los auxilios reclamados y es incorrecto ordenar su pago año a año, por cuanto ello daría lugar al pago de varias sanciones frente a la misma relación laboral.

Alegatos de conclusión.-

Parte demandante¹¹

Señaló que conforme al criterio jurisprudencial del Consejo de Estado, el término de prescripción empieza a contabilizarse a partir que la obligación se

¹⁰ Al respecto citó Corte Suprema de Justicia. Rad. 14379, sentencia de 27 de marzo de 2001. M. P.: Dr. William Arango Pérez; Consejo de Estado Rad. 76001233100020020158601. C.P.: Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

¹¹ Folios 334 a 337 del plenario.

hace exigible, es decir, desde la terminación de la relación laboral¹², sin que en el presente caso haya transcurrido por lo menos 1 año para efectuar las reclamaciones correspondientes.

Manifestó que no se configura la falta de legitimación de las entidades demandadas, puesto que al Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barraquilla está obligado a efectuar las transferencias dinerarias y a la Contraloría Distrital le corresponde la ejecución presupuestal.

Concepto del Ministerio Público¹³.

La Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado adujo que conforme al criterio jurisprudencial de esta Corporación, aunque se demande a la entidad territorial y a la contraloría local, en la controversia contencioso administrativa, la representación legal está en cabeza del Contralor territorial y en caso de la condena será la entidad fiscal la que con sus recursos atenderá los requerimientos del caso.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico.-

¹² Citó apartes de las siguientes sentencias: Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda. Sentencia de 22 de enero de 2015. Rad. 4346-2013. C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez; sentencia de 5 de septiembre de 2014. Rad. 2709-2013. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve; providencia de 21 de noviembre de 2013. Rad. No. 2011-00254. C.P.: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

¹³ Folios 334 a 347 del expediente.

Conforme a los cargos formulados en el recurso de apelación, le corresponde a la Sala establecer si la Ley 344 de 1996 y demás normas que contemplan el régimen anualizado de liquidación de cesantías son aplicables al caso concreto o si la terminación del vínculo laboral entre el actor y la Contraloría Distrital de Barranquilla conlleva a la aplicación de la Ley 244 de 1995 y en tal virtud, determinar cómo deberá efectuarse la liquidación de la sanción moratoria.

Resuelto lo anterior, se analizará como problema jurídico asociado, si la Contraloría Distrital de Barranquilla al ser un órgano que goza de autonomía administrativa y presupuestal, es la entidad que deberá ser condenada al reconocimiento y pago de la sanción.

Para resolver la controversia planteada, se abordará el análisis de los siguientes aspectos: (i) de la diferencia entre la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 y la Ley 244 de 1995; (ii) de los atributos de las contralorías territoriales y antecedentes jurisprudenciales; y iii) análisis del caso concreto.

De las diferencias entre la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 y la consagrada en la Ley 244 de 1995.

i) Sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 para el régimen anualizado de cesantías.

El régimen de liquidación anualizado del auxilio de cesantías previsto en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990¹⁴, extendido únicamente a los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 y que se afilien a los fondos privados¹⁵, contempló la sanción por mora a razón de un día de salario por cada día de retardo en el evento en que el empleador incumpla la obligación de consignar antes del 15 de febrero de cada año, el valor correspondiente a la liquidación del auxilio anual (31 de diciembre) definitiva de cesantía por la anualidad o fracción correspondiente¹⁶.

En los eventos en que la mora se extienda por más de un período, es decir, que el empleador incumpla la obligación de efectuar la consignación correspondiente a anualidades sucesivas, la Sección Segunda de esta Corporación mediante sentencia de 25 de agosto de 2016¹⁷, unificó la jurisprudencia para señalar que en dicho supuesto, se causa una única sanción desde el primer día de mora hasta aquél en que se produzca la consignación o en su defecto, el pago de la prestación o el retiro del servicio; por consiguiente, no corre en forma independiente un día de salario por cada día de retardo respecto de cada período de cesantías debido.

En cuanto al límite de esta sanción económica, es necesario señalar que

¹⁴ “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”,

¹⁵ De conformidad con el Decreto 1582 de 1998 reglamentario de los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998.

¹⁶ “Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo. (...)”.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016. Rad. 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). C.P.: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

esta se causa hasta el momento en que la entidad cumple el deber legal de consignar la prestación social o se produzca su pago efectivo, ya sea porque el servidor público requiera un retiro parcial, siempre que se cumplan determinados requisitos para su reconocimiento relacionados con educación, mejoramiento o compra de vivienda (cesantías parciales); o con ocasión de la terminación del vínculo laboral (cesantías definitivas).

ii) Sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006.

En atención a la importancia del auxilio de cesantías el legislador estableció por medio de la Ley 244 de 1995¹⁸, la obligación de la entidad de empleadora la obligación de liquidación y reconocimiento de la prestación social en el evento en que el servidor público llegare a quedar cesante, con la finalidad de que atienda sus necesidades básicas (cesantías definitivas); o durante la vigencia del vínculo laboral (cesantías parciales), siempre que se cumplan determinados requisitos para su reconocimiento relacionados con educación, mejoramiento o compra de vivienda.

Es así como dentro de los 15 días siguientes a la solicitud del interesado, la entidad pública empleadora deberá expedir la resolución correspondiente y tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles a partir de la fecha en que adquiera firmeza el acto de reconocimiento, so pena de que la entidad obligada deba pagar al titular un día de salario por cada día de retardo hasta su pago efectivo.

¹⁸ “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.”

La Ley 244 de 1995 fue modificada por la Ley 1071 de 2006¹⁹, cuyo objeto fue la reglamentación del reconocimiento de cesantías definitivas o parciales para los trabajadores y servidores del Estado. Igualmente, la adicionó para señalar que los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios²⁰ podrán solicitar el retiro parcial de sus cesantías parciales en aspectos relativos a vivienda y educación.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación de 27 de marzo de 2007²¹, al resolver un recurso de apelación en el cual se debatió el monto de la sanción con ocasión del pago tardío de las cesantías definitivas al actor, abordó el tema relativo al conteo de los términos de que trata la Ley 244 de 1995, para señalar:

“(…)

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

¹⁹ “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”.

²⁰ Igualmente dispuso su aplicación a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.

²¹ Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de unificación de 27 de marzo de 2007 (IJ). Rad. 76001-23-31-0002000-02513-01. C.P.: Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

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.” (Resaltado y subrayas fuera del texto original).

Ahora bien, la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación²² en fallo de 6 de marzo de 2008, señaló que una vez efectuada la liquidación y reconocimiento de las cesantías definitivas, la obligación en cabeza de la entidad empleadora es pagarlas en su totalidad, de tal suerte que su incumplimiento, ya sea total o parcial, da lugar a la sanción moratoria.

Exigibilidad y término de prescripción de la sanción moratoria.

La prescripción entendida como aquél fenómeno extintivo de derechos y obligaciones que opera por la omisión en el ejercicio de las acciones pertinentes una vez transcurrido el lapso de tiempo legal establecido para ello, a partir de la fecha de su exigibilidad, fue objeto de estudio por la Sección Segunda de esta Corporación²³ en sentencia de 25 de agosto de 2016, mediante la cual unificó el criterio jurisprudencial para señalar que en los asuntos relativos a sanción moratoria, se debe aplicar el artículo 151 del Código de Procedimiento laboral, que prevé:

“Artículo 151. Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales

²² Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Rad. 47001-23-31-000-2002-00266-01(0875-06). C. P.: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

²³ C.P.: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

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 sólo por un lapso igual.” (Subrayas fuera del texto original).

De conformidad con la disposición transcrita, el término de 3 años deberá contarse a partir de la exigibilidad de la obligación, la cual varía en tratándose de la sanción moratoria causada, es decir, si se trata de la prevista para el régimen anualizado de cesantías o la contemplada respecto de todos los servidores públicos que soliciten el retiro parcial o definitivo de dicha prestación social, como se expone a continuación:

En lo concerniente a aquélla contemplada en la Ley 50 de 1990, por imperio de norma y en virtud del criterio unificador de la Sección Segunda, su exigibilidad tiene lugar a partir del momento en que el empleador incumple el deber de consignar el valor correspondiente a la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente en la cuenta individual del trabajador dentro del plazo legal (antes del 15 de febrero del año siguiente a aquél en que se causó la prestación).

Por su parte, la obligación prevista en la Ley 244 de 1995 empieza a causarse, a partir del día siguiente al vencimiento del plazo de los 45 días que prevé el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 para el pago del auxilio de cesantías definitivas y su causación se prolonga hasta que se haga efectivo el pago parcial o definitivo, según el caso, de las cesantías.

En ese orden de ideas, no es posible establecer la exigibilidad de la sanción moratoria contemplada en el sistema anualizado a partir de la terminación de la relación laboral, por cuanto allí se genera el deber de reconocimiento o pago de las cesantías definitivas o la porción debida, cuyo hecho generador es el incumplimiento del término para el reconocimiento de las cesantías o el pago que se hiciera de manera tardía directamente al empleado afiliado, cuando solicita su retiro parcial o definitivo y no por la omisión de la consignación en la entidad privada administradora del derecho prestacional.

En suma, los principales aspectos que diferencian la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 de aquélla contemplada en la Ley 244 de 1995, son los enunciados a continuación:

	Ley 50 de 1990	Ley 244 de 1995
Aplicación	Servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31/12/1996 afiliados a los fondos privados administradores de cesantías (régimen anualizado)	Servidores públicos de todos los órdenes, independientemente del régimen de liquidación del auxilio de cesantías.
Hecho generador	Omisión en la consignación del valor de la liquidación anual (31 de diciembre) de cesantía dentro del plazo.	Incumplimiento del término para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas o parciales.
Exigibilidad	15 de febrero del año siguiente a aquél en que se causó la prestación social.	- 15 días para la liquidación del auxilio de cesantías y expedición de la resolución correspondiente. - 45 días para el pago del valor liquidado.

De los atributos de las contralorías territoriales.

El artículo 267 de la Constitución Política estableció que la Contraloría General de la República es el organismo encargado de ejercer el control fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, en los siguientes términos:

“Artículo 267. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

(...)

La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización.

Ahora bien, por mandato constitucional, al igual que la Contraloría General de la República, las contralorías distritales y municipales son entidades de carácter técnico, dotadas de autonomía administrativa y presupuestal, que en ningún caso podrán realizar funciones distintas a las inherentes a su propia organización. En este orden, la Carta Política señaló que:

Artículo 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.

La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

Igualmente les corresponde elegir contralor para período igual al del gobernador o alcalde, según el caso, de ternas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso-administrativo.

Ningún contralor podrá ser reelegido para el período inmediato.

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.” (Subrayado fuera de texto original).

En desarrollo de la disposición transcrita, el artículo 66 de la Ley 42 de 1993²⁴, dispuso que las asambleas y concejos distritales y municipales deberán dotar a las contralorías de su jurisdicción, de autonomía presupuestal, administrativa, y contractual, de manera que les permita cumplir con sus funciones como entidades técnicas.

Posteriormente, la Ley 330 del 12 de diciembre de 1996²⁵, en el artículo 2^o reprodujo de manera literal el inciso 3^o del artículo 272 de la Norma Superior y previó que corresponde a las contralorías departamentales ejercer la función pública de control fiscal en su respectiva jurisdicción, de acuerdo con los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la Constitución y la ley.

²⁴ “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”

²⁵ “Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 308 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones relativas a las Contralorías Departamentales”.

Por otro lado, la Ley 617 de 2000²⁶ cuyo objeto fue la racionalización del gasto público y en virtud del cual supeditó la existencia de las contralorías municipales y distritales a la capacidad económica de los municipios y distritos y previó que la contraloría departamental debe asumir la vigilancia de la gestión fiscal en los municipios o distritos que carezcan de ente fiscalizador, a saber:

“Artículo 21. Creación y supresión de contralorías distritales y municipales. El artículo 156 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

Artículo 156. Creación y supresión de Contralorías distritales y municipales. Únicamente los municipios y distritos clasificados en categoría especial y primera y aquellos de segunda categoría que tengan más de cien mil (100.000) habitantes, podrán crear y organizar sus propias Contralorías.

Las contralorías de los municipios y distritos a que se refiere el inciso anterior deberán suprimirse cuando se establezca la incapacidad económica del municipio o distrito para financiar los gastos de funcionamiento del órgano de control fiscal, refrendada por la Contaduría General de la Nación.

(...)”²⁷.

El artículo 3º de la Ley 1416 de 2010²⁸, mediante la cual se dictaron normas para el fortalecimiento del control fiscal de las contralorías del nivel territorial, contempló la siguiente disposición:

“Artículo 3o. 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.” (Subrayado fuera del texto).

La Corte Constitucional mediante sentencia C-643 de 2012, Magistrado

²⁶ “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”

²⁷ La Corte Constitucional mediante sentencia C-837/01 declaró exequible entre otros, el artículo 21 de la ley 617 de 2000 en relación con los artículos 119, 267 y 272 de la Constitución. M. P.: Dr. Jaime Araujo Rentería

²⁸ “Por medio de la cual se fortalece al ejercicio del control fiscal.”

Ponente Doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra la norma citada en precedencia, resolvió declarar su inexequibilidad al considerar que en primer lugar, vulneraba los principios de moralidad y eficacia de la función pública consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política al desestimular drásticamente la eficiencia en el manejo presupuestal y en la gestión administrativa de las contralorías; e igualmente, desconoció la autonomía de las entidades territoriales y las competencias de sus autoridades, según lo dispuesto en los artículos 1º y 287 *ibídem*, por cuanto su aplicación deriva en un aumento de los costos de la administración territorial.

De las disposiciones señaladas, se concluye que si bien las contralorías gozan de autonomía administrativa y presupuestal, carecen de recursos propios de financiación, los cuales provienen de la entidad territorial que mantiene su unicidad como persona jurídica, sin que ello implique el deber la misma de asumir obligaciones derivadas de providencias judiciales y mecanismos de resolución de conflictos que impongan condenas al órgano de control fiscal, por cuanto se reitera, se trata de una entidad autónoma del orden territorial.

Antecedentes jurisprudenciales.

En lo concerniente a la autonomía administrativa y técnica de los organismos de control fiscal de las entidades territoriales, esta Subsección mediante fallo de 24 de julio de 2008²⁹ señaló que las contralorías departamentales no ostentan el atributo de la personalidad jurídica y por ende, no pueden comparecer por sí mismas al proceso sino a través del departamento, distrito

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 24 de julio de 2008. Rad.: 19001233100020030131601(1626-2006) C. P.: Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

o municipio respecto del cual ejercen el control fiscal, sin que por ello las entidades territoriales sean competentes para resolver las peticiones relativas a las prestaciones sociales derivadas de las relaciones laborales de dichos organismos, puesto que la autonomía administrativa y presupuestal de los entes de fiscalización implica la facultad de resolver, con arreglo a las leyes, los asuntos internos para el debido funcionamiento del organismo, entre los cuales se encuentra el resolver las diferentes solicitudes que eventualmente formulen sus empleados o ex empleados.

Esta posición fue reiterada por esta Sala a través de providencia de 22 de enero de 2015³⁰, en el cual se discutió en cabeza de quién se debía imponer el reconocimiento y pago de la sanción moratoria derivada del pago tardío de las cesantías definitivas de un ex empleado de la contraloría distrital. Al abordar el tema objeto de análisis, se consideró que aunque el Distrito es la persona jurídica y en tal sentido, tiene capacidad para comparecer al proceso, no por ello está obligado a asumir con cargo a su presupuesto, las obligaciones emanadas de los vínculos laborales originados en una relación legal y reglamentaria con la contraloría distrital, en virtud de los atributos de dichas entidades técnicas.

En conclusión, la Sala considera que la Constitución Política y las leyes que reproducen los mandatos constitucionales que les conceden autonomía administrativa y presupuestal a los organismos que dentro del ámbito de su jurisdicción deberán ejercer la vigilancia de la fiscalización de la actividad administrativa del nivel local y al efecto, les atribuyó las mismas características de la Contraloría General de la República, para desarrollar

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Fallo de 22 de enero de 2015. Rad. 25000-23-25-000-2011-01324-01(3077-13). C. P.: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Ver entre otros: Auto interlocutorio de 21 de abril de 2016 proferido por la Subsección A de la Sección Segunda, Rad. 08001-23-33-000-2013-00632-01(2436-14). C. P.: Dr. William Hernández Gómez.

actividades administrativas inherentes a su propia organización, *verbi gratia*, la facultad de resolver las reclamaciones que se originen de las relaciones laborales al interior de dichos órganos autónomos del Estado.

Lo anterior, sin desconocer que la personería jurídica está en cabeza del ente territorial, en tanto los organismos de control fiscal carecen de tal atributo, pese a que la representación judicial corresponde al respectivo contralor, conforme lo dispuesto en el artículo 159 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011³¹.

Del análisis del caso concreto.

En el *sub júdice*, el *A quo* declaró la nulidad de los actos administrativos acusados y a título de restablecimiento del derecho condenó al Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla – Contraloría Distrital al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la omisión en la consignación del auxilio de cesantías para las anualidades de 2004 a 2006, anualidad por anualidad desde el 15 de febrero hasta el 13 de abril de 2012, cuando finalizó la relación laboral.

³¹ “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.”

El Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, en el recurso de apelación manifiesta que la Ley 344 de 1996 y las disposiciones concordantes no son aplicables al caso concreto, por cuanto la relación laboral del demandante con la entidad pública finalizó el 13 de abril de 2012, momento a partir del cual la situación fáctica debió regularse por la Ley 244 de 1995.

Al respecto, es necesario señalar que en el presente caso el supuesto fáctico que sirve de fundamento a la pretensión del reconocimiento y pago de la sanción moratoria del actor en calidad de servidor público cobijado por el régimen anualizado de cesantías, es la *“(...) omisión en la consignación del auxilio de cesantías correspondiente a la anualidad de 2004, (...) hasta el auxilio de cesantías correspondiente a la anualidad de 2006, (...)”*, hecho generador de la sanción moratoria prevista en el numeral 3º de la Ley 50 de 1990 y no de aquélla consagrada en la Ley 244 de 1995, que se causa por el incumplimiento de los términos para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales y definitivas, constituyendo requisito previo la solicitud que en tal sentido eleve el interesado, por lo que no prospera este cargo formulado por la entidad recurrente.

De otro lado, el apoderado de la entidad distrital indica que la sanción moratoria no debió liquidarse hasta la fecha de terminación de la relación laboral sino hasta el 12 de mayo de 2010, esto es, la fecha en que se efectuó la consignación de las cesantías debida y no por cada anualidad, puesto que ello daría lugar al pago de valores simultáneos con ocasión de la sanción derivada de un mismo hecho.

Al respecto, la Sala en primer lugar deberá establecer si los hechos aducidos en el recurso de alzada, se encuentran acreditados a través de los elementos de prueba aportados por las partes en primera instancia, para posteriormente analizar el período en el cual se causó la sanción moratoria de que trata el numeral 3º de la Ley 50 de 1990 y la forma en que debe efectuarse su liquidación.

En el caso concreto, las partes coinciden en señalar que el valor correspondiente al auxilio de cesantías por las anualidades objeto de la *litis*, le fue consignado al actor el 12 de mayo de 2010, según lo afirmado en el acápite de hechos de la demanda³² así como en la contestación de la Contraloría Distrital³³.

De acuerdo con las pruebas decretadas por el Tribunal de instancia en la audiencia inicial celebrada el 9 de agosto de 2013³⁴, la Secretaría General de la Contraloría Distrital a través de Oficio SG-012-001-0397-13 de 5 de noviembre de 2013, allegó el comprobante de egreso 10006064-10006064 de 12 de mayo de 2010 por la suma de \$372.140.622 correspondiente al *“PAGO DE CESANTÍAS ACUMULADAS VIGENCIAS ANTERIORES”*³⁵, dentro del cual \$3.750.285 corresponden al actor por concepto de *“CESANTÍAS DESDE EL 12 DE ABRIL DE 2004 A DICIEMBRE DE 2006”*³⁶.

Así mismo, se allegó al proceso certificación suscrita por el Secretario General del órgano de control fiscal en la que certificó que al actor le fue

³² Folio 5

³³ Folio 46.

³⁴ Folios 137 y 138 del expediente.

³⁵ Folio 156

³⁶ Folio 146.

aceptada la renuncia el 13 de abril de 2012, mediante Resolución 0250 de 2012³⁷ y copia de la Resolución 031 de 24 de julio de la misma anualidad, por la cual se reconoció y ordenó el pago de prestaciones sociales definitivas, entre ellas, las cesantías por el período comprendido entre el 1º de enero y la fecha de terminación de la relación laboral³⁸.

De la prueba documental señalada en precedencia, se concluye que en efecto la entidad empleadora cumplió con la obligación establecida en la Ley 50 de 1990 para las anualidades de 2004 a 2006, el **12 de mayo de 2010** y la relación laboral finalizó el 13 de abril de 2012. En consecuencia, la Sala analizará el momento a partir del cual se predica en el caso concreto, la exigibilidad de la sanción originada del incumplimiento del deber legal previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y las disposiciones concordantes.

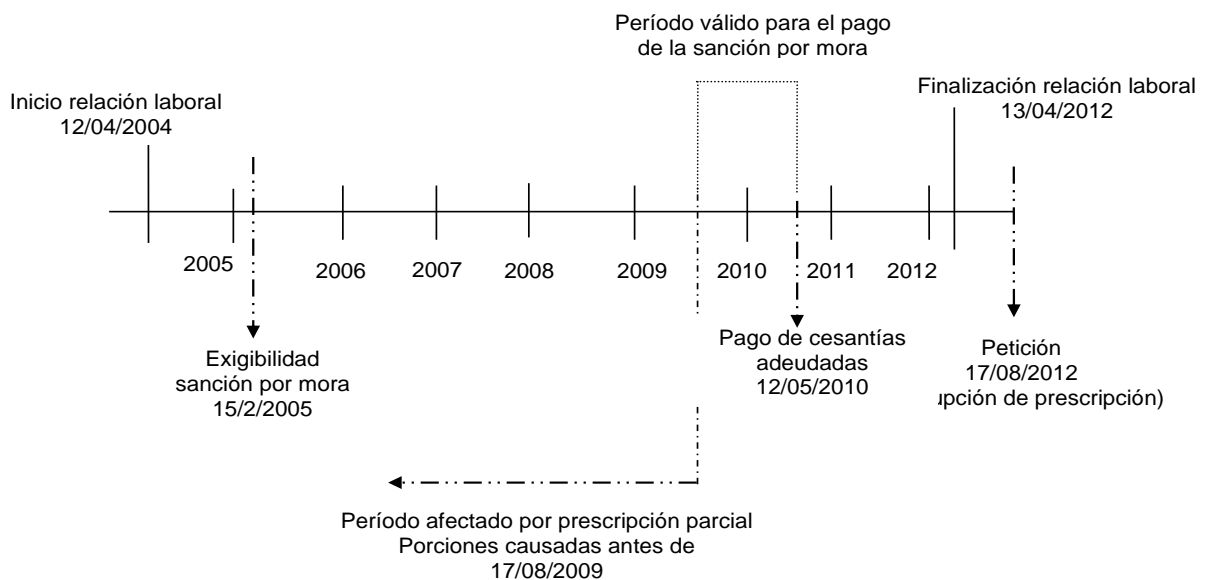
Como se expuso, el empleador deberá consignar antes del 15 de febrero de cada año, el valor liquidado a 31 de diciembre correspondiente al auxilio de cesantías. Es así como el plazo para la consignación del auxilio de cesantías correspondiente a la fracción del año 2004, venció el 14 de febrero de 2005; por consiguiente, a partir del día siguiente (15 de febrero de 2005), la obligación se hizo exigible y se siguió causando por las siguientes anualidades (2005 y 2006).

³⁷ Folio 162

³⁸ Folio 147.

En tal virtud, se concluye que la administración se encuentra en mora desde el 15 de febrero de 2005; en consecuencia, a partir de allí se causó la sanción, la cual se extendió en el tiempo hasta el momento en que la entidad territorial consignó las cesantías en el fondo administrador, esto es, el 12 de mayo de 2010.

No obstante, como lo alega la entidad demandada territorial apelante la reclamación en sede administrativa se efectuó hasta el 17 de agosto de 2012³⁹, cuando ya habían transcurrido más de 3 años a partir de la fecha en que se generó la sanción por mora y cuya consecuencia deviene en la prescripción de los valores causados por dicho concepto con anterioridad al 17 de agosto de 2009, de conformidad con lo previsto en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral. Lo anterior, se desarrollará a través del siguiente esquema sinóptico:



³⁹ Folios 16 y 17

Como se observa, en el *sub júdice* se causó un período de mora desde el incumplimiento del deber de consignación del valor correspondiente a la fracción de 2004 y por las vigencias fiscales sucesivas (2005 y 2006) hasta la satisfacción de la obligación el 12 de mayo de 2010, en la medida en que no puede haber simultaneidad o concurrencia entre las diversas anualidades adeudadas, sino que se causa una única sanción moratoria afectado parcialmente por el fenómeno extintivo de la prescripción, generando un lapso válido para el pago de la sanción pecuniaria desde el **17 de agosto de 2009 hasta el 12 de mayo de 2010**.

De otra parte, el apoderado judicial de la entidad demandada también plantea en el recurso de apelación que no es cierta la afirmación del actor concerniente a que laboró en el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla y la Contraloría, sin aportar elemento de prueba alguno fundamento de dicho aserto, por lo que en virtud de la autonomía administrativa financiera y presupuestal del órgano de control fiscal, deberá responder por las reclamaciones presentadas por los empleados públicos vinculados al mismo.

La entidad distrital señaló en la contestación de la demanda⁴⁰ que ha cumplido con la obligación de realizar las transferencias del presupuesto situado a la contraloría, el cual constituye un fundamento fáctico que no fue objeto de oposición por el respectivo organismo de control fiscal, por lo que se considera un hecho pacífico que no hace parte de la prueba en virtud del principio de economía procesal.

⁴⁰ Folio 82.

En ese orden de ideas, como se expuso en acápite precedentes, en el presente caso, el obligado al pago de la condena es la Contraloría Distrital de Barranquilla, en virtud de la autonomía presupuestal y administrativa, es decir, la facultad de manejar asuntos de gestión interna, tales como la organización de los servicios públicos, la administración de sus bienes y la solución de todos los problemas que surjan en desarrollo de sus actividades y, finalmente, la decisión de las peticiones derivadas de los vínculos laborales celebrados con dicho organismo de control fiscal del distrito.

En consecuencia, la Sala con fundamento en los argumentos expuestos confirmará parcialmente la sentencia de 27 de febrero de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió a las pretensiones de la demanda presentada por el señor Walter Arcesio Guevara Rodríguez, con excepción del numeral cuarto de la parte resolutive, el cual se modificará para señalar que el restablecimiento del derecho corresponde únicamente a la Contraloría Distrital de Barranquilla a la sanción por mora a razón de un día de salario por cada día de retardo desde el 17 de agosto de 2009 hasta el 12 de mayo de 2010, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

Igualmente, se modificará para declarar probada la excepción de prescripción de las porciones de sanción moratoria causadas con 3 años de anterioridad a la fecha de la reclamación administrativa, es decir, las que se originaron antes del 17 de agosto de 2009.

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

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de 27 de febrero de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda presentada por el señor Walter Arcesio Guevara Rodríguez, con excepción del numeral cuarto de la parte resolutive, el cual se modifica, y en su lugar, se dispone:

“**CUARTO:** A título de restablecimiento del derecho, condenar a la Contraloría Distrital de Barranquilla al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, a razón de un día de salario por cada día de retardo desde el 17 de agosto de 2009 hasta el 12 de mayo de 2010, conforme se expuso en la parte motiva de esta sentencia.

Declarar probada la excepción de prescripción de la sanción moratoria respecto de las porciones de sanción moratoria causadas con anterioridad al 17 de agosto de 2009, según las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.”

SEGUNDO: Por Secretaría de la Sección Segunda, devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

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

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER

