

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

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Medio de control	:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente	:	47001-23-33-000-2021-00053-01 (3971-2022)
Demandante	:	Dayanis Paola Barrios Gamero
Demandado	:	Municipio de Sitionuevo (Magdalena)
Tema	:	Sanción moratoria por falta de pago de cesantías definitivas, concedidas mediante acto administrativo que reconoció una relación laboral entre las partes

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia de 23 de febrero de 2022 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control. La señora Dayanis Paola Barrios Gamero, a través de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar 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 municipio de Sitionuevo (Magdalena), para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare la existencia y nulidad «[...] *del acto negativo presunto o ficto de [...] 23 de febrero de 2019, [...] por medio del cual se negó a la [demandante] la liquidación, reconocimiento y orden de pago de la sanción moratoria prevista por el artículo 5° de la Ley 1046 de 2006, que adicionó y modificó la Ley 244 de 1995, deprecada mediante petición radicada el día 23 de noviembre de 2018*» (sic).

A título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a sufragar la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995, «[...] *de las cesantías definitivas [...] desde el día 24 de febrero de 2016, fecha en que empezó a regir la sanción diaria por mora al vencerse en esa fecha los 45 días hábiles con que contaba el municipio para pagar la resolución que dispuso cancelarlas, hasta el día en que efectivamente se produzca el pago de la citada prestación [...]*»; lo anterior, junto con los ajustes de valor y el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA;

asimismo, en costas procesales.

1.3 Fundamentos fácticos. Relata la accionante que «[...] *prestó sus servicios como técnico de la Secretaría de Planeación Municipal de Sitionuevo desde el 4 de enero de [2008] hasta el 30 de noviembre de 2015, con una asignación mensual de \$1.000.000*» (sic).

Que el ente demandado, mediante Resolución 1104 de 15 de diciembre de 2015, «*reconoció, liquidó y ordenó pagar[le] la suma de \$9.988.499 por concepto de cesantías definitivas y otras prestaciones*» (sic).

Afirma que el municipio, «*conforme [a] las [L]eyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, estaba obligado a pagar las cesantías [...] dentro de los 45 días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria de la mencionada resolución; no obstante, dicho plazo venció el 23 de febrero de 2016 y la demandada no pago [...] constituyéndose EN MORA de cancelar esa prestación a partir del día 24 de febrero de 2016. Hasta la fecha de radicación de la [...] solicitud, dicha mora se mantiene*» (sic).

Que reclamó de la parte demandada la sanción moratoria el 23 de noviembre de 2018, ante lo cual no obtuvo respuesta, por lo que se configuró el silencio administrativo negativo.

Agrega que adelanta proceso ejecutivo laboral contra el accionado, el cual cursa en el Juzgado Laboral del Circuito de Ciénaga, «*radicado No. 47-189-31-05-01-2019-00020-00, [...] donde se libró mandamiento de pago por auto de fecha 29 de julio de 2019 y la respectiva providencia fue debidamente notificada al señor alcalde del municipio [...] el 20 de febrero de 2020, quien, a través de apoderado, presentó excepciones de mérito, siendo este el estado actual del proceso*» (sic).

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por el acto administrativo demandado los artículos 1, 2, 6, 13, 23, 25, 29 y 90 de la Constitución Política; y las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Arguye que «*no fue suficiente establecer el plazo, habida cuenta [...] [que] el estado mismo consagra una sanción para la mora en el pago de la prestación social, y lo hace a través de un párrafo del citado artículo 5º, sanción que consiste en el pago de un (1) día de salario por cada día de mora si la entidad pública de[ja] vencer el plazo de los 45 días hábiles; de ahí que, si vence el plazo de pago y este no se realiza, deviene como consecuencia AUTOMÁTICA la obligación de la entidad de reconocer y ordenar el pago de los días de retardo*» (sic para toda la cita).

1.5 Contestación de la demanda. La parte accionada, a través de apoderado, contestó el libelo introductorio con oposición a sus pretensiones; respecto de los hechos afirma que algunos son ciertos y otros no; y formula las

excepciones denominadas «*motivo de fuerza mayor y buena fe que justifica la mora*» y prescripción extintiva.

Aduce que (i) «*la administración municipal, en cabeza de su alcalde, señor JOSE ALCIDES MANGA MANGA, período 2020-2023, inició su gestión administrativa el día primero (1º) de enero de 2020, año durante el cual, desde marzo, surgió la epidemia por el virus Covid-19, el cual aún mantiene en zozobra a la comunidad mundial*» (sic); (ii) «*la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, establece una penalidad económica en eventos de mora o retardo en cancelar la prestación de cesantías, pero, esta sanción no opera de forma automática, como lo pretende hacer ver la demandante, sino que, en todo caso, debe probarse la culpa de la administración, y si actuó de buena o mala fe*» (sic); (iii) «*[...] el retardo en el pago de las prestaciones del actor no obedece a una voluntad dolosa de la entidad territorial, o a directrices de mala fe, sino al hecho evidente de que en [la] vigencia fiscal, y en la anterior de 2020, no existe apropiación presupuestal para atender esas obligaciones laborales causadas en vigencias anteriores*» (sic); y (iv) «*el acto administrativo que dio origen al reclamo de la demandante, no aparece registrado en los archivos de la alcaldía municipal, no tiene disponibilidad presupuestal (CPD), ni se hizo el registro presupuestal (CRP) para reservar el pago de la misma*» (sic).

1.6 Providencia apelada. El Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante sentencia de 23 de febrero de 2022, negó las súplicas de la demanda (sin condena en costas); y en la que, en primer lugar, aclaró que «*[...] aunque en el proceso se encuentre probado que el acto administrativo que ordenó el reconocimiento de las cesantías – Resolución No. 1104 de diciembre 15 de 2015 – indicara que se debía cancelar a favor de la demandante, la indemnización moratoria de no pagarse dentro del término legal la suma reconocida por aquel concepto; es la pretensión objeto de estudio el medio idóneo para ventilar este tipo de asuntos, pues se erige como requisito de procedibilidad de este tipo de pretensiones la reclamación administrativa que haga el interesado con el fin de exigir ante la administración el reconocimiento de la sanción moratoria o en otras palabras “Para acceder a la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías por vía judicial, se hacía indispensable que el demandante acudiera previamente ante la Administración para que estuviera la oportunidad de pronunciarse al respecto, mediante un acto administrativo expreso o presunto”*» (sic); y «*[a]dicionalmente, la sola enunciación de lo señalado por la administración en el acto administrativo respecto a la sanción moratoria, no constituía una obligación clara, expresa y exigible para que el interesado procediera a promover un proceso ejecutivo con el fin de obtener su pago (no existe certeza del derecho y de la sanción y el título ejecutivo se materializa con el reconocimiento de lo adeudado por parte de la administración)*».

Por otro lado, respecto de la sanción moratoria pretendida por el pago tardío de las cesantías definitivas, consideró que «*[...] si bien es cierto a la señora*

Barros Gamero vía administrativa le fueron reconocidas las cesantías por unos per[í]odos entre los años 2008 a 2015, no podría otorgársele la categoría de empleado o servidor público, puesto que el acto administrativo fue constitutivo de su derecho a las cesantías, m[a]s no de esta calidad» (sic).

Que, «en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, el Consejo de Estado señaló que en los eventos en que se reclame contrato realidad aunque surge el derecho de pago de prestaciones sociales a favor del contratista cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público a los interesados que acuden a la justicia a reclamar este tipo de pretensiones, pues para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión [...]».

Por tanto, «[...] tal conclusión también es aplicable en aquellos eventos en los cuales sea la administración quien declare la existencia de la relación laboral y reconozca derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios. Desde ese derrotero sustancial, se denegarán las pretensiones de la demanda».

Por último, el a quo no admitió la cesión de derechos litigiosos a su apoderado presentada por la demandante, porque, «de acuerdo al contenido de este escrito, advierte [...] que no se trata de un contrato, en la medida en que no existe acuerdo de voluntades entre el demandante y su apoderado, pese a que la cesión de derechos litigiosos debe tener lugar a través de un contrato con todas las formalidades que correspondan en los términos de la regulación contenida en el Código Civil, por el contrario, se trata de una manifestación unilateral, a la cual se hizo presentación personal ante la Notaría Segunda del Círculo de Santa Marta» (sic).

1.7 Recurso de apelación. La demandante, a través de apoderado, interpuso recurso de apelación, al estimar que (i) «esta tesis excluyente no tiene validez si se tiene en cuenta que i) la existencia de la relación laboral está declarada en acto administrativo por virtud de la presencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo (CST, art. 23), y que ii) si bien a [la] actor[a] no puede considerársele emplead[a] públic[a], tampoco trabajador[a] oficial, sí tuvo la calidad o condición de trabajador[a] al desempeñarse por varios años sin interrupción como Técnico de la Secretaría de Planeación Municipal de Sitionuevo» (sic); (ii) el municipio, «al constituir el derecho laboral a favor del actor y no pagarlo dentro del plazo señalado por el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, incurrió en mora, en incumplimiento, y esa omisión genera daños, los cuales debe reparar cancelando un día de salario por cada día de retardo en el pago de la prestación» (sic); y (iii) «la tesis del Tribunal, fincada en el argumento de que la Ley 244 de 1995 aplica solamente a servidores públicos y el acto no lo es, legitima la mora de la entidad demandada que no cumple, produce daños y no los repara; amén de contemplar una interpretación onerosa para el trabajador».

Destaca que «en los casos donde el Consejo de Estado, ha declarado la existencia del contrato realidad y ha negado la orden de pagar la sanción moratoria, lo hace bajo la consideración de que se trata de sentencias constitutivas, lo que significa que el derecho laboral (cesantías) nace con ellas, y la sanción de la Ley 244 de 1995 opera si la entidad condenada no paga dentro del plazo señalado por dicha ley, que se cuenta a partir de la ejecutoria del fallo. Este es el criterio imperante en ese momento, por tanto, si el acto administrativo constitutivo del municipio se asimila a la sentencia constitutiva, procede la sanción moratoria en caso de incumplimiento en el pago de la obligación laboral (cesantías) dentro del plazo previsto por el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006» (sic).

En lo atañero a la cesión de derechos litigiosos, sostiene que «[...] la postura del Tribunal es errada, habida cuenta que, para la validez de una cesión de derechos litigiosos, en los términos de los artículos 1969 y ss., del Código Civil, en concordancia con el art. 68 del CGP, basta el documento en donde la demandante cede el evento incierto de la Litis [...]» (sic).

II. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto fue concedido mediante proveído de 17 de mayo de 2022 y admitido por esta Corporación a través de auto de 8 de noviembre siguiente, en cumplimiento del artículo 247 del CPACA, pero en la oportunidad establecida en el numeral 4 *ibidem* los sujetos procesales guardaron silencio.

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: Cesión de derechos litigiosos. Sobre esta figura, el artículo 1969 del Código Civil (CC) preceptúa:

Se cede un derecho litigioso cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la litis, del que no se hace responsable el cedente.

Se entiende litigioso un derecho, para los efectos de los siguientes artículos, desde que se notifica judicialmente la demanda.

Las disposiciones a que se refiere el anterior precepto, son los artículos 1970 a 1972 del CC, que señalan:

ARTICULO 1970. Es indiferente que la cesión haya sido a título de venta o de permutación, y que sea el cedente o cesionario el que persigue el derecho.

ARTICULO 1971. El deudor no será obligado a pagar al cesionario sino el valor de lo que éste haya dado por el derecho cedido, con los intereses desde la fecha en que se haya notificado la cesión al deudor. Se exceptúa de la disposición de este artículo las cesiones enteramente gratuitas; las que se hagan por el ministerio de la justicia, y las que van comprendidas en la enajenación de una cosa de que el derecho litigioso forma una parte o accesión. Exceptúanse así mismo las cesiones hechas:

- 1.) A un coheredero o copropietario por un coheredero o copropietario, de un derecho que es común a los dos.
- 2.) A un acreedor, en pago de lo que le debe el cedente.
- 3.) Al que goza de un inmueble como poseedor de buena fe, usufructuario o arrendatario, cuando el derecho cedido es necesario para el goce tranquilo y seguro del inmueble.

ARTICULO 1972. El deudor no puede oponer al cesionario el beneficio que por el artículo precedente se le concede, después de transcurridos nueve días de la notificación del decreto en que se manda ejecutar la sentencia.

Al respecto, explica la Corte Suprema de Justicia (sala de casación civil), en sentencia de 28 de septiembre de 2017, que las citadas normas, *«contemplan el derecho de retracto o el rescate del derecho litigioso en los casos cuando la cesión haya sido a título de venta o permutación»*; asimismo, *«lo que sí es necesario para que la enajenación del derecho litigioso surta sus efectos en el juicio respectivo y tanto la contraparte como los terceros y el Juez que conoce de asunto tenga conocimiento de ella, es que el cesionario se presente al juicio a pedir que se le tenga como parte, en su calidad de subrogatario del derecho litigioso del cedente, o por lo menos que presente el título de la cesión y pida al Juez que se notifique a la contraparte que él ha adquirido ese derecho, porque mientras esto no suceda, para aquello el derecho litigioso no sale del poder del cedente, que fue lo que aconteció en el negocio que se estudia, o puede el deudor pagarle al cedente el resultado del juicio (...)»* (sic).

Del mismo modo, la sección tercera de esta Corporación, en fallo de 12 de agosto de 2019, consideró:

En relación con la cesión de derechos litigiosos es menester tener en cuenta que dicho contrato está regulado en los artículos 1969 a 1972 del Código Civil, y consiste en un convenio en el que se cede, bien sea a título oneroso o gratuito, un derecho incierto que se encuentra en disputa en un proceso judicial; por esta razón esta tipología de contrato se considera aleatorio, pues el cedente se hace responsable de garantizar la existencia del proceso judicial en el que se discute el derecho litigioso, m[a]s no de las resultas del mismo.

Esta regulación sustancial, debe armonizarse con lo dispuesto en el artículo 68 del Código de General del Proceso (CGP), puesto que el Código Contencioso Administrativo (CCA) guardó silencio respecto de la referida figura. Lo anterior, en virtud del artículo 267 del CCA, que

dispone, en los aspectos no regulados por dicho código, la remisión normativa al Código de Procedimiento Civil, cuestión que debe adecuarse a lo reglado en el artículo 624 del Código General del Proceso, que establece que las normas procesales son de aplicación inmediata.

El artículo 68 del CGP dispone en el inciso tercero que el cesionario, es decir el adquirente del derecho, puede intervenir en el pleito para realizar todas las actuaciones necesarias para acometer la defensa de sus intereses, pero de distintas maneras, según la postura que adopte la contraparte del proceso, ya que si el cesionario pretende ser tenido como parte y su contraparte se manifiesta favorablemente a ello, adquirirá, entonces, tal calidad desplazando en su posición al cedente, lo que genera una verdadera sucesión procesal; mientras que si el accionado guarda silencio al respecto o se opone expresamente, la normativa señala que “*podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular*”. Cabe resaltar que para tal efecto, esa tercería es de carácter cuasinesesario, esto es, que las resultas del fallo lo cobijarán aun en el caso de que este no se haga parte en el proceso.

Por último, es preciso aclarar que la contraparte no le corresponde efectuar un pronunciamiento sobre su aceptación, legalidad o conveniencia o no del contrato de cesión, sino que su intervención se debe limitar simplemente a las repercusiones que en el proceso judicial ha de tener el acto de cesión.

De lo anterior se colige que la cesión de derechos litigiosos implica un convenio por medio del cual se transfieren las resultas de un proceso judicial, cuyo objeto es el evento incierto de este, es decir, que comporta un contrato aleatorio que crea derechos y obligaciones para las partes cedente y cesionaria, cuya regulación se encuentra consignada en los artículos 1969 a 1972 del CC, normativa que debe aplicarse en armonía con las previsiones del artículo 68 del Código General del Proceso, respecto de la intervención de estos en el respectivo litigio.

Ahora bien, en el *sub lite* solicita el apoderado de la actora se tenga en cuenta el escrito por ella suscrito, con presentación personal de 9 de diciembre de 2020, ante la Notaría Segunda del Círculo de Santa Marta, por el que manifiesta que cede los derechos litigiosos derivados del proceso de la referencia al abogado Luis Javier Cepeda Visbal, con fundamento en el artículo 68 del CGP, en concordancia con los artículos 1969 y siguientes del Código Civil

Al respecto, le asiste razón al *a quo*, al no admitir el referido memorial de cesión de derechos, toda vez que no se trata de un contrato en el que se plasme el acuerdo de voluntades entre el cedente y el cesionario, sus condiciones y el título de transferencia; por ende, no contiene las formalidades que exige su regulación normativa (artículos 1969 a 1972 del Código Civil), esto es, un convenio en el que se cede, bien sea a título oneroso o gratuito, un derecho incierto que se encuentra en disputa.

3.3 Problema jurídico. De acuerdo con el recurso de apelación, corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si a la demandante le asiste derecho a la sanción moratoria por la falta de pago de sus cesantías definitivas, de conformidad con la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias, las cuales fueron concedidas en Resolución 1104 de 15 de diciembre de 2015, del municipio de Sitionuevo, por la que, además, reconoció una relación laboral con ella.

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

El auxilio de cesantías es una prestación social a la que todos los empleados del Estado tienen derecho, cuya finalidad primaria consiste en «[...] *cubrir o prever las necesidades que se originan para el trabajador con posterioridad al retiro de una empresa, por lo que resulta un ahorro obligado orientado a cubrir el riesgo de desempleo*», que actualmente también promueve el acceso de los trabajadores a los componentes de educación y vivienda.

Por su parte, los salarios moratorios por el pago tardío de dicho auxilio hacen parte del derecho sancionador por el incumplimiento de una obligación del empleador, la que carece de carácter accesorio e imprescriptible, habida cuenta de que (i) se causa por su no pago y no depende directamente del reconocimiento de las cesantías, ni hace parte de ellas, pues se genera de manera excepcional, cuando el empleador omite su deber de cancelarlas dentro de los términos legales; y (ii) dada su naturaleza sancionatoria, no puede considerarse como un derecho exento del fenómeno de la prescripción, so pena de vulnerar disposiciones legales que consagran que no existirán sanciones imprescriptibles.

En lo que atañe a la sanción moratoria por el pago tardío o extemporáneo de las cesantías, la Ley 344 de 1996, que remite al artículo 99 de la 50 de 1990, concerniente a las anualizadas, y la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la 1071 de 2006, regula lo referente 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 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 sufragar un día de salario por cada uno de retardo hasta cuando se cumpla la obligación.

Al respecto, la sala plena de lo contencioso-administrativo del Consejo de Estado, en fallo de 27 de marzo de 2007, proferido en vigor del Código Contencioso Administrativo (CCA), unificó el criterio frente a la forma de contabilizar 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 2016, en lo atañedor 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 76, 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 correspondiente solicitud, como lo ha sostenido esta subsección, comoquiera que transcurridos aquellos, se genera la sanción moratoria.

Dicho en otras palabras, el término a partir del cual resulta 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.

Cabe 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.

Ahora bien, en cuanto al fenómeno extintivo de la prescripción, que comporta una sanción al titular del derecho por no haberlo reclamado dentro de los plazos que la ley le otorga y que por ello se presume que lo ha abandonado, la sección segunda, en la precitada sentencia, unificó el criterio en el sentido de que es el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el que lo regula. Prevé dicha norma:

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 [empleador], sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

Para arribar a esta decisión, la Sala estimó:

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990.

Así las cosas, para que la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, de que trata la Ley 244 de 1995, modificada por la 1071 de 2006, no se afecte por la prescripción extintiva, debe formularse dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad (artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social) para interrumpirla por una sola vez y por un lapso igual, comoquiera que en aras de la seguridad jurídica «[...] *resulta inherente a esta institución señalar plazos preclusivos para ejercer los derechos sustanciales*».

Por tanto, según el criterio de la Sala mayoritaria, el término de prescripción debe computarse desde el primer día en que se cause el incumplimiento en el pago del auxilio de cesantías y la respectiva reclamación administrativa deberá ser presentada dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva del derecho a la sanción moratoria.

3.5 Caso concreto. A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

a) Certificación de tiempo de servicios, expedida por el asistente de secretaría de hacienda del municipio de Sitionuevo (Magdalena), conforme a la cual la accionante prestó sus servicios desde el 4 de enero de 2008 hasta el 30 de noviembre de 2015, «[...] *en calidad de “TÉCNICA DE LA OFICINA DE SECRETARIA DE PLANEACION MUNICIPAL DE SITIONUEVO, MAGDALENA”, [...] mediante Orden de Prestación de Servicios Técnicos, en forma continua, cumpliendo un “HORARIO DE TRABAJO DE 8.00 A.M A 12.00 P.M Y 2.00 P.M A 6.00 P.M”, y bajo la orden de un Jefe supremo o representante legal del Municipio, en este caso “EL ALCALDE MUNICIPAL” [...]» (sic).*

b) Resolución 1104 de 15 de diciembre de 2015, por medio de la que reconoce y ordena el pago a la actora de la suma de \$28.618.107, por concepto de prestaciones sociales, en la que se incluyó las cesantías por valor de \$7.905.666 e intereses sobre estas por \$948.666 (notificado el 17 de los mismos mes y año); igualmente, indicó en el artículo segundo que «*en caso de*

no pagarse, dentro del término legal la suma aquí reconocida por concepto de cesantías, se deberá cancelar en favor de la señora DAYANIS PAOLA BARRIOS GAMERO, [...] la indemnización moratoria de que tratan las leyes 244 de 1995, 1252 de 2000 y 1071 de 2006»; en el que consideró:

Que la señora DAYANIS PAOLA BARRIOS GAMERO, tiene derecho al reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales de que tratan los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, concordantes con el decreto 1919 de 2012, como son: primas de navidad, primas de servicios, cesantías, intereses sobre cesantías, vacaciones, primas de vacaciones, de conformidad con jurisprudencias de [...] [la] Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en especial los fallos T 903 de 2010 y T 556 de 2011, relacionado con el CONTRATO REALIDAD [...]

[...]

Que se hace necesario reconocer, autorizar y pagar a la [actora] las prestaciones sociales a que tiene derecho [...]

[...] (sic para toda la cita).

c) Con escrito de 23 de noviembre de 2018, la demandante solicitó del alcalde de Sitionuevo que le fuera sufragada la sanción moratoria por la falta de pago de sus cesantías definitivas; ante lo cual no obtuvo respuesta, por lo que se constituyó el acto ficto acusado.

De las pruebas anteriormente enunciadas, se desprende que (i) la actora prestó de manera personal sus servicios para el municipio de Sitionuevo (Magdalena) como técnica de la oficina de secretaría de planeación, en forma ininterrumpida, desde el 4 de enero de 2008 hasta el 30 de noviembre de 2015, vinculada mediante «órdenes de prestación de servicios»; (ii) por medio de Resolución 1104 de 15 de diciembre de 2015, la alcaldía reconoce una relación laboral con ella por el aludido período y ordena el pago de las cesantías definitivas y demás prestaciones sociales, las que no le fueron sufragadas; y (iii) a través de escrito de 23 de noviembre de 2018, formuló ante el ente territorial petición con el propósito de que se le concediera la sanción moratoria por la falta de pago de sus cesantías definitivas, ante lo cual no obtuvo respuesta, por lo que se constituyó el acto ficto acusado.

Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, lo primero que ha de aclararse es que la accionante se vinculó al municipio de Sitionuevo en virtud de contrato de prestación de servicios, pero este último al advertir la concurrencia de los tres elementos propios de una relación de trabajo (subordinación, prestación personal y remuneración), expidió Resolución 1104 de 15 de diciembre de 2015, por medio de la cual le reconoce las cesantías definitivas y demás prestaciones sociales; por ende, en principio, desde el día siguiente a su notificación (17 de diciembre de 2015), la accionada contaba con el plazo de 45 días para sufragar ese auxilio, de conformidad con el marco jurídico que precede.

No obstante, tal como lo concluyó el *a quo*, no hay lugar al pago de la sanción moratoria deprecada, pues si bien el acto administrativo fue constitutivo del derecho a las cesantías, en razón a la existencia de la relación laboral reconocida por el municipio, no le otorga la categoría de empleada pública; así lo precisó esta Corporación, en sentencia de unificación CE-SUJ2 - 5 de 25 de agosto de 2016, al afirmar: «[p]ese a hallarse probados los elementos configurativos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (prestación personal del servicio), destaca la Sala que ello no implica que la personal obtenga la condición de empleado público, ya que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentario en armonía con el artículo 122 superior».

En consecuencia, no resulta aplicable lo dispuesto en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, toda vez que estas regulan la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, calidad de la que carece la demandante; de igual manera, en reciente decisión esta subsección recordó:

Pues bien, de acuerdo con lo anterior se evidencia que, contrario a lo afirmado por el demandante, en dicha providencia se reconoció una suma de dinero a su favor a título de indemnización, por un valor equivalente a lo que debió haber recibido por prestaciones sociales, calculada de acuerdo a lo devengado al momento del retiro. Lo anterior, teniendo en cuenta que se acreditó en aquel proceso que existió entre las partes una relación laboral y no un vínculo contractual.

No obstante, dicha decisión no otorgó al señor Víctor Manuel Consuegra la calidad de empleado público, pues para ello se deben respetar las reglas de acceso a cargos de esta naturaleza, por lo que el juez administrativo no se encuentra facultado para ello.

[...]

Con base en los razonamientos que se dejan consignados, en armonía con los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, que negó las súplicas de la demanda.

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°. Confírmase la sentencia de 23 de febrero de 2022 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso incoado por la señora Dayanis Paola Barrios Gamero contra el municipio de Sitionuevo (Magdalena), por las razones expuestas en la parte motiva.

2°. 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.

Firmado electrónicamente
CARMELO PERDOMO CUÉTER

Firmado electrónicamente
JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR

Firmado electrónicamente
CÉSAR PALOMINO CORTÉS