



500

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

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C, trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Radicado: 050012333000201300464 01 (4874-2014)
Demandante: INDIRA LÓPEZ MOSQUERA
Demandado: INSTITUTO TECNOLÓGICO METROPOLITANO

Nulidad y restablecimiento del derecho - Contrato realidad CPACA.

Adición sentencia. Sanción moratoria.

ASUNTO

La Sección Segunda, Subsección A, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, decide la solicitud de adición de la sentencia de 31 de octubre de 2018, proferida por esta Subsección dentro del proceso de la referencia.

I. LA SOLICITUD¹

Por medio de apoderado, Indira López Mosquera, con escrito de enero 14 de 2019, recibido por la Secretaría General de la Corporación como mensaje de datos a la dirección electrónica de dicha secretaría las 9:19 a.m.², solicitó ADICIONAR la sentencia de 31 de octubre de 2018, proferida por esta Subsección, en los siguientes términos:

«...mediante este escrito me permito solicitar al despacho se sirva ADICIONAR la sentencia de segunda instancia proferida por es H. CORPORACIÓN de fecha 31 de octubre de 2018 dado que la misma inexplicablemente omitió resolver las inconformidades expuestas en el RECURSO DE APELACIÓN que se interpuso dentro del término legal (...).

En efecto, en la sentencia proferida por el H. CONSEJO DE ESTADO de fecha 31 de octubre de 2018 se indica de manera errónea en la página 13 que la parte demandante guardó silencio frente a la sentencia de primera instancia, motivo

¹ Folios 482 y 482 vuelto.

² Folio 486.

por el cual solo se refirió al RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la parte accionada (...)

En el presente evento se presenta el error consistente en que no se advierte la existencia del RECURSO DE APELACIÓN interpuesto oportunamente por la parte demandante, motivo por el cual las inconformidades plasmadas en el mismo no son motivo de pronunciamiento en la segunda instancia que profiere el CONSEJO DE ESTADO.».

TRÁMITE PROCESAL

La sentencia de cuya adición se trata fue expedida por la Sub Sección A de la Sección Segunda de esta Corporación el 31 de octubre de 2018; el 13 de febrero de 2019 fue notificada al demandante por medio de envío de mensaje de datos a la dirección electrónica registrada como ljavier@une.net.co, según obra la versión impresa del mismo a folio 494 con el número 5304 de tal fecha.

Igualmente, por ese mismo medio fue notificada a la parte demandada con el envío de mensaje de datos a la dirección electrónica registrada como edertoro20@yahoo.es, según obra la versión impresa del mismo a folio 495 con el número 5306 de tal fecha.

El 14 de enero de 2019, el apoderado de la demandante presentó solicitud de adición de la sentencia mencionada, es decir, con anterioridad a la realización de la notificación por mensaje electrónico de datos, lo que significa que aquella quedó notificada por conducta concluyente, como lo dispone el artículo 301 del Código General del Proceso, toda vez que del escrito de adición se desprende que la conoció y que le reprocha el no haberse pronunciado frente a las razones expuestas en el recurso de apelación que había interpuesto contra ella.

En consecuencia, la sentencia de segunda instancia se tiene por notificada a la parte demandante el 14 de enero de 2019, fecha de presentación del escrito de adición, conforme lo establece el artículo antes mencionado, y

presentada en tiempo la solicitud de adición, que se pasa a resolver de fondo, como aparece a continuación.

LA SENTENCIA APELADA

Con la sentencia de 21 de agosto de 2018, el Tribunal Administrativo de Antioquia declaró la nulidad del oficio 20123055 demandado, de 2 de octubre de 2012, con el que el Instituto Tecnológico Metropolitano de Medellín negó el reconocimiento de la relación laboral con la señora Indira López Mosquera y el pago de los conceptos prestacionales consecuenciales.

Como consecuencia de dicha nulidad, reconoció la relación laboral entre las partes y condenó al Instituto a pagar a la demandante las prestaciones sociales dejadas de percibir en varios periodos de tiempo, comprendidos entre el 14 de marzo de 2005 y el 29 de enero de 2012, el valor de los aportes respectivos al sistema de seguridad social, la actualización del valor de la condena, y negó las demás pretensiones de la demanda, relativas a i) la indemnización por despido injusto y ii) la sanción moratoria por no haber pagado oportunamente las prestaciones sociales. Igualmente, negó la pretensión formulada como subsidiaria consistente en una indemnización que compense el valor de los derechos y prestaciones que le hubieren correspondido de haber sido tratada como empleada de la entidad, con su respectiva indexación y sanción moratoria³.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El 27 de agosto de 2014 la parte demandante apeló la sentencia de primera instancia⁴ respecto de la negativa del reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las prestaciones sociales demandadas, a que consideró tener derecho según lo previsto por el Decreto 797 de 1949, puesto que en ninguna de sus partes establece que ésta solo surge o nace a la vida jurídica cuando se reconoce judicialmente con sentencia, que por tanto es constitutiva del derecho, como lo afirmó la sentencia apelada.

³ Folios 3 y 4.

⁴ Folios 428 y 429.

En consecuencia, solicitó que en segunda instancia en Consejo de Estado condene al Instituto demandado a pagar a la demandante el valor de la sanción moratoria a partir del día 91 después de la terminación de la relación laboral, lo que ocurrió el 29 de enero de 2012.

Así mismo, el 4 de septiembre de 2014, la parte demandada apeló la sentencia de primera instancia, con el argumento de que en el proceso no se había demostrado la relación de subordinación, como elemento constitutivo del contrato realidad y que, por el contrario, estaba probada la prestación del servicio en forma independiente y autónoma por parte de la actora, lo que debió conducir a desestimar las pretensiones, petición que reiteró en su escrito.

CONSIDERACIONES

Competencia

Conforme lo establece el artículo 150 del CPACA, a esta Corporación le corresponde conocer del presente asunto en segunda instancia, y desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia que negó el reconocimiento de la sanción moratoria al actor, por el no pago oportuno de las prestaciones sociales correspondientes a la relación laboral que le fue reconocida.

Problema jurídico

Se trata de determinar si la sentencia de 31 de octubre de 2018 proferida por esta Sub Sección debe ser adicionada en el sentido de pronunciarse respecto de la pretensión de condena a pagar la sanción moratoria por el no pago de las prestaciones sociales derivadas del reconocimiento de la relación laboral que favoreció a la demandante y si, en caso afirmativo, hay lugar a disponer su reconocimiento y pago.

La adición de la sentencia

Examinada la sentencia cuya adición se solicita, la Sala advierte que, efectivamente, en ella no se contiene el examen suficiente del tema relativo a la sanción moratoria, lo que implica que no se pronunció sobre las razones del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, lo que amerita una exposición más detallada de las razones por las cuales no fue concedida por la sentencia apelada, en tanto que, por una parte, la demandante insiste en que la causación de dicha mora se produce desde la finalización de la relación contractual de prestación de servicios, y no desde la ejecutoria de la sentencia que la reconoce como relación laboral de "contrato realidad" y, por otra parte, la demandada se opuso a tales pronunciamientos al insistir en que del contrato de prestación de servicios no puede surgir ningún reconocimiento laboral para el contratista.

En consecuencia, la Sala procederá a adicionar la sentencia, previas las siguientes consideraciones.

Naturaleza de la sanción moratoria

Dispone lo pertinente de la Ley 1071 de 2006, que modificó a la Ley 244 de 1995:

«ARTÍCULO 2o. AMBITO DE APLICACIÓN. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará 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. (Se subraya).

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

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este

artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.».
(Se subraya).

De la precedente regulación legal se desprende que el derecho al pago del auxilio de cesantía y la sanción moratoria por su no pago oportuno, solamente se causa si entre la persona que prestó el servicio y la entidad pública existió una relación de carácter laboral, es decir, si aquella tenía la calidad de servidor público y si, además, dicha calidad proviene de una relación legal y reglamentaria originada en la naturaleza jurídica de la vinculación, que solamente se presenta bajo las modalidades de vinculación al Estado, entre las cuales, para tal efecto, no se encuentra el contrato de prestación de servicios.

Por consiguiente, si quien aspira a dicho reconocimiento no tenía la calidad de servidor público o no se le había reconocido judicialmente, mal puede alegar en su favor el ser titular del derecho al reconocimiento del auxilio de cesantía y de la consecuente sanción por mora en su pago, pues si de la relación contractual de prestación de servicios no surge tal derecho, tampoco podrá predicarse el de percibir la moratoria de una acreencia que no le pertenece.

Ahora bien: La relación contractual de servicios personales o profesionales puede ser calificada como laboral, por decisión judicial, bajo los parámetros jurisprudenciales que la definen como “contrato realidad”, si se prueba la presencia de sus tres elementos, como en efecto lo hizo la sentencia apelada cuya adición se solicita, lo que no está en discusión, caso en el cual su naturaleza laboral resulta calificada y reconocida por ella, a partir de cuya ejecutoria surge a la vida jurídica como un derecho de quien demandó su reconocimiento, que con anterioridad no tenía.

Es esta la razón sostenida por la jurisprudencia de la Corporación, la cual ha sido categórica en sostener que, tratándose del contrato realidad, el derecho al auxilio de cesantía nace con su reconocimiento judicial y que, por consiguiente, la sanción por mora en su pago se produce con el vencimiento

503

Administración de Justicia

Rad. 4874-2014
Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Indira López Mosquera
Demandado: Instituto Tecnológico Metropolitano-Medellín

de los términos establecidos en la ley para su pago a partir de la ejecutoria de aquella, y no antes.

«Por otra parte, no procede el reconocimiento de la sanción por mora que se solicita en la demanda por cuanto la obligación del pago de las cesantías se constituye a partir de esta sentencia y no se dan por tanto los presupuestos de la Ley 244 de 1995 - adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006-.»⁵

Lo cual resulta no sólo lógico sino ajustado al ordenamiento jurídico, pues no podría reconocerse en favor de una persona el derecho a percibir una prestación social como el auxilio de cesantía a quien tiene la calidad de contratista del Estado, como la tenía la solicitante, mientras no sea reconocido judicialmente con una sentencia ejecutoriada.

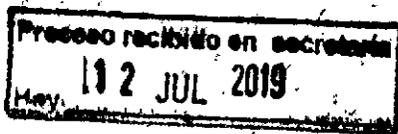
Por eso la Ley 1071 de 2006 establece como premisa para el reconocimiento de la sanción moratoria, la existencia de una relación de naturaleza laboral, sin la cual no podrá predicarse el derecho a percibir el auxilio de cesantía, como lo menciona el aparte citado al remitir a “los presupuestos” contemplados en ella.

Consideración final: Aceptado que asiste razón al demandante en la necesidad de adicionar la providencia mencionada, conviene advertir, respecto de lo afirmado en su escrito de adición⁶, que la sentencia de esta Corporación, al desatar el recurso de apelación, afirma que el demandante guardó silencio respecto de la sentencia de primera instancia, resulta una afirmación equivocada, pues lo que se dijo en su página 13 (Folio 473) fue que el demandante y el Ministerio Público guardaron silencio dentro del término de traslado para alegar. (Se subraya).

Sin costas, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso, en concordancia con lo dispuesto en el artículo

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 26 de julio de 2018. Radicación: 68001-23-31-000-2010-00799-01 (2778-2013). Demandante: Pablo Emilio Torres Garrido. Demandada: ESE Centro de salud Santa Bárbara-Municipio de Santa Bárbara, Santander.

⁶ Folio 482



188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: Adicionar la sentencia de 31 de octubre de 2018, proferida por esta Subsección dentro del proceso seguido por Indira López Mosquera contra el Instituto Tecnológico Metropolitano, de Medellín, en el sentido de precisar que la determinación contenida en el numeral cuarto que dispuso «**Confirmar** la sentencia apelada en todo lo demás» comprende la decisión de negar las demás pretensiones de la demanda, relativas a i) la indemnización por despido injusto y ii) la sanción moratoria por no haber pagado oportunamente las prestaciones sociales.

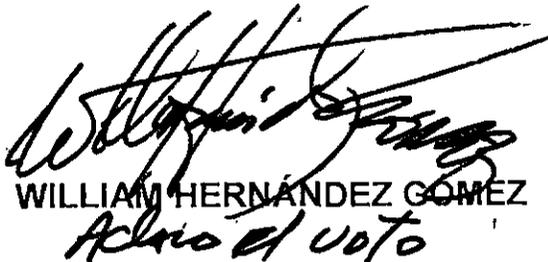
SEGUNDO: Sin costas, por lo expresado.

Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Adria el voto


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS