



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, dos (2) de octubre de dos mil catorce (2014)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 162

TEMAS: PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS Y ACCIONES EN LA RELACIÓN LABORAL COMO REALIDAD, INEXISTENCIA – APORTES DE LA SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL COMO FORMA DE REPRARAR INTEGRAMENTE EL DAÑO EN LOS CASOS DE RELACIÓN LABORAL COMO REALIDAD

INSTANCIA: SEGUNDA

Decide la Sala, la apelación interpuesta por la parte demandada en oposición a la sentencia del 28 de mayo de 2014, proferida por el JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO - SUCRE, en el proceso que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instauró BERTHA BEATRIZ ROA DE ORTIZ en contra del MUNICIPIO DE SINCELEJO.

1. ANTECEDENTES:

1.1. LO QUE SE DEMANDA:

Pretende la parte demandante lo siguiente¹:

¹ Fol. 2 y 3 C.1.



- 1.1.1. Que se declare la nulidad de los actos administrativos identificados con No. 1.8.1836.11.2012, de fecha 7 de noviembre de 2012, acto administrativo No. 1.8.1857.11.2012 de fecha 15 de noviembre de 2012 y la resolución No. 3144 de fecha 20 de diciembre de 2012, proferidos por el Municipio de Sincelejo.
- 1.1.2. Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho, se reconozca la relación laboral existente entre la actora y el Municipio de Sincelejo - Sucre.
- 1.1.3. Una vez se haga el reconocimiento de la relación laboral, se proceda a ordenar el pago de todas las prestaciones sociales con la debida indexación a que haya lugar y a las que tienen derecho los docentes del Municipio de Sincelejo, con origen en la relación laboral, las cuales se liquidaran y tasarán de la siguiente forma: TOTAL LIQUIDACION: \$23.643.979. Las sumas reconocidas deben ser indexadas y actualizada a la fecha en que se dé el respectivo pago de la mencionada obligación.
- 1.1.4. Que a través del presente fallo se manifieste que no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados, para todos los efectos legales y prestacionales de la actora, en especial a efectos pensionales, los que deberán ser consignados al respectivo fondo de pensiones.

1.2. LOS HECHOS EN QUE SE FUNDA:

La accionante fundamenta las anteriores pretensiones, en los hechos que a continuación el Tribunal procede a resumir:

Expone que, fue contratada por el ente demandado bajo la modalidad de órdenes de prestación de servicios, como docente, desde el 5 de mayo de 1994 hasta el 8 de marzo de 1998.

Manifiesta que, las labores desempeñadas las cumplía en igual forma que los



demás docentes nombrados en la planta a través de actos legales y reglamentarios por el municipio, bajo sus órdenes, en completa dirección y subordinación de la administración municipal, con idéntica jornada y calendario.

Aclara que, en el tiempo laborado no existió solución de continuidad, desempeñando sus labores sin interrupción alguna durante más de 4 años.

Expresa que, el municipio de Sincelejo nunca le canceló el mínimo de derechos salariales, prestacionales e indemnizatorios consagrado en las normas laborales para cada época, teniendo en cuenta la vigencia de la relación laboral.

Sostiene que, en virtud de lo anterior, presentó petición el día 19 de octubre de 2012, la que fue resuelta por los actos administrativos demandados, negando el derecho reclamado.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Relaciona como disposiciones vulneradas las siguientes: artículo 53 de la Constitución Política; la Ley 21 de 1982, los Decretos 1919 de 2002, 45 de 1996 y 1381 de 1997; las Leyes 115 de 1994, 91 de 1989, 60 de 1993, 50 de 1990 y 962 de 2005.

Amparado en las normas transcritas manifiesta que la violación que recae sobre estas normas y los derechos del demandante se materializa en el entendido que fue contratado a través de orden de prestación de servicios, para desarrollar labores en Instituciones Educativas del Municipio de Sincelejo y dichas labores desarrolladas por el actor, eran las mismas que las de los docentes de planta; que en el presente caso, se configuran los tres elementos de la relación laboral, siendo estos; prestación personal del servicio, continuada subordinación y remuneración como contraprestación del servicio.

Señaló, que la figura de orden de prestación de servicios utilizada por la



administración municipal ocultaba una verdadera relación de trabajo con el fin de evitar el pago de las prestaciones sociales cubriendo la existencia de una verdadera relación laboral, por lo expuesto anteriormente, una vez declarada la relación laboral deberá ordenarse el pago de los derechos laborales, tales como las prestaciones sociales generadas con ocasión a la prestación del servicio, pues constituyen consecuencia obligada de la declaración de la existencia del contrato realidad.

1.4. ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 15 de agosto de 2013 (fol. 10 C. Principal).
- Admisión de la demanda: 22 de agosto de 2013 (fol. 64 y 65 C. Principal).
- Notificaciones: 20 de septiembre de 2013 (fol. 70 C. Principal).
- Contestación a la demanda: 4 de diciembre de 2013 (fol. 77 a 85 C. Principal)
- Audiencia inicial: 26 de marzo de 2014 (fol. 94 a 96 C. Principal).
- Sentencia de primera instancia: 28 de mayo de 2014 (fol. 124 a 138 C. principal)
- Recurso de Apelación: 12 de junio de 2014 (fol. 134 a 140 C. Principal).
- Audiencia de conciliación y concesión del recurso: 15 de julio de 2014 (fol. 145 C. Principal).
- Auto que admite el recurso de apelación: 1 de agosto de 2014 (fol. 3 Cuaderno N° 2).
- Auto que ordena traslado para alegatos de cierre: 25 de agosto de 2014 (Fol. 13 Cuaderno No. 2).



1.4.1. RESPUESTA A LA DEMANDA:

La entidad demandada, en término oportuno, dio respuesta a la demanda manifestando en cuanto a los hechos que, acepta los relacionados con la existencia del vínculo contractual, celebrado por el calendario escolar determinado por el Ministerio Nacional de Educación y por insuficiencia en el personal de planta.

En lo referente a las normas violadas y el concepto de violación, manifiestan que ninguna de las normas establecidas por el apoderado demandante como violadas se ha infringido por parte del municipio de Sincelejo.

En lo que atañe a las pretensiones del actor, se opuso a todas y cada una, por carecer de sustento jurídico ni de facto, proponiendo como medios exceptivos, los siguientes: i) Inexistencia de legalidad de la actuación e ii) Improcedencia del reconocimiento de los emolumentos constitutivos de salario.

1.5. LA PROVIDENCIA RECURRIDA:

El Juez de primera instancia, luego de estudiar lo concerniente a los contratos de prestación de servicios docentes en la jurisprudencia nacional, determinó que en el caso concreto se encuentra demostrado que la actora prestó de manera personal, remunerada y subordinada, el servicio a favor de la entidad accionada.

Por lo anterior concluyó, que entre la actora y el MUNICIPIO DE SINCELEJO existió una verdadera relación laboral, cubierta por sucesivas órdenes de prestación de servicios y ello determina la declaración de nulidad de los actos administrativos acusados, con el consecuente restablecimiento del derecho.



1.6. LA APELACIÓN

La entidad demandada presentó recurso de apelación contra la sentencia que dispuso acceder a las pretensiones, aduciendo que en el caso concreto, debe aplicarse el planteamiento de la Sección Segunda del Consejo de Estado, la que ha accedido al restablecimiento del derecho solo en los casos en que la parte demandante haya reclamado ante la administración "máximo dentro de los 3 años siguientes a su retiro y luego haya acudido en término ante esta jurisdicción", interpretación que es compartida, en la medida que no es admisible premiar a los demandantes desinteresados que reclaman el pago de acreencias laborales muchos años después de que se han hecho exigibles.

Igualmente, solicita que en caso de despacharse negativamente el presente recurso, se cuestiona que la sentencia recurrida haya previsto el pago de aportes a la seguridad social en el porcentaje que le corresponde a la entidad, guardando silencio sobre los porcentajes que le competen al empleado para que pueda tenerse el tiempo prestado como docente para efectos pensionales; es decir, la sentencia definitiva debe prever el descuento de los dineros que resulten a favor de la demandante, sobre los montos del porcentaje que le corresponde para ser girados al fondo de seguridad social en pensiones al que se encuentre vinculada la señora Bertha Roa de Ortiz, por tratarse de una prestación social compartida.

1.7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA:

-PARTE DEMANDANTE (fol. 20 a 22 C. de Apelación)

En su alegato, reitera los argumentos expuestos en primera instancia.

-PARTE DEMANDADA (fol. 24 a 29 C. de Apelación)

En el escrito contentivo de los alegatos de cierre, la entidad encartada replica las razones contenidas en el recurso de alzada.



2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A., en Segunda Instancia.

Se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto.

En este punto, es menester advertir, que conforme a las normas que regulan la materia, la competencia del *Ad quem*, se encuentra claramente determinada por los argumentos de la apelación, tal como lo consagra el artículo 328 del C.G.P., normativa aplicable a esta jurisdicción a partir del 1 de enero de 2014, tal como lo decidió la Sala Plena de lo Contencioso del CONSEJO DE ESTADO², razón por la cual se presenta como problema jurídico, el siguiente, con fundamento en los planteamientos del recurrente:

2.1. PROBLEMAS JURÍDICOS

¿Cómo se contabiliza el término de prescripción de los derechos laborales derivados de la relación laboral como realidad?

¿Cuál es la forma debida de restablecer el derecho, en los casos de contratos de prestación de servicios en donde se demuestre una relación laboral como realidad, en el punto relacionado a los aportes a la seguridad social?

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, la Sala abordará los siguientes temas: **i)** La prescripción de los derechos derivados de la vinculación laboral como realidad, **ii)** Los aportes a la seguridad social como forma de reparar

² Ver CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Auto de 25 de junio de 2014. Radicación: 25000233600020120039501 (IJ). Número interno: 49.299. Demandante: Café Salud Entidad Promotora de Salud S.A. Demandado: Nación-Ministerio de Salud y de la Protección Social. Referencia: Recurso de Queja.



integralmente el daño en los casos de relación laboral como realidad, y **iii)** El caso concreto.

2.2. LA PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE LA VINCULACIÓN LABORAL COMO REALIDAD

El tema de la prescripción de los derechos de contenido laboral, lo encontramos regulado en el ámbito del derecho público, en los artículos 102 del Decreto 1848 de 1969 y 41 Decreto 3135 de 1968, normas del siguiente tenor literal:

“Artículo 102º.- Prescripción de acciones.

- 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*
- 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”* (Subrayado de la Sala para destacar)

“Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.” (Subrayado de la Sala para destacar)

Del aparte resaltado, se ha interpretado que en tratándose de derechos que exigen su declaración para hacerse valer, es decir, que la sentencia que se emite constituye el derecho, el término de prescripción solo empieza a correr cuando se expide la sentencia que lo constituye. A igual interpretación se llega, aplicando el artículo 2535 del C.C.³ que consagra la prescripción extintiva de las acciones, en términos generales, dado que el inciso segundo de forma clara consagra que la misma cuenta a partir de la exigibilidad de la obligación, lo que solo ocurre a partir de la

³ “ARTICULO 2535. PRESCRIPCION EXTINTIVA. La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.”



sentencia que declara judicialmente la existencia del derecho.

Partiendo de las anteriores normas, la Sala Plena de la Sección Segunda, de la Sala Contencioso Administrativa del CONSEJO DE ESTADO, a través de providencia que pretendió unificar el tema de la prescripción de los derechos laborales, indicó que en este tipo de procesos solo se causa a partir de la fecha en que es declarado judicialmente⁴, es decir, solo existe el mismo a partir de la declaratoria judicial que de él se haga. Se resalta, que como se aclara a pie de página 14, esta posición es reiterada en decisiones posteriores de las subsecciones que conforman la Sección Segunda del Consejo de Estado. De la decisión de la Sala Plena de la Sección Segunda, se resalta el siguiente aparte:

“Esta Sala en anteriores oportunidades, ha declarado la prescripción trienal de los derechos que surgen del contrato realidad, aceptando que dicho fenómeno se interrumpe desde la fecha de presentación de la solicitud ante la Entidad demandada. Sin embargo, en esta oportunidad replantea este criterio por las razones que a continuación se explican:

De conformidad con algunos estatutos que han regido esta materia, los derechos prescriben al cabo de determinado tiempo o plazo contado a partir de la fecha en que

⁴ *“Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.”* CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. CONSEJERA PONENTE: BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia del 19 de febrero de 2009. REF.: EXPEDIENTE No. 73001233100020000344901. No. INTERNO: 3074-2005. AUTORIDADES NACIONALES. ACTORA: ANA REINALDA TRIANA VIUCHI.

En igual sentido: *“Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.”*⁴

Por lo tanto, entendiendo que el término trienal de prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada, es justamente a partir de este momento que se contarían los tres (3) años de prescripción de los derechos de la relación laboral hacia el futuro, situación que operaría en caso de que continuara la relación laboral, empero como el sub-lite se contrae al reconocimiento de situaciones anteriores no existe prescripción pues la obligación, como se dijo, surge con la presente sentencia.” CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN “B”. CONSEJERA PONENTE: DRA. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia del 11 de marzo de 2010. REF: EXPEDIENTE No. 180012331000200400080 02 No. INTERNO 0114-2008. AUTORIDADES MUNICIPALES. ACTOR: DINA LUZ VÁSQUEZ MARTÍNEZ.

Igualmente, ver: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN “A”. Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Sentencia del 4 de marzo de 2010. Radicación número: 85001-23-31-000-2003-00015-01(1413-08). Actor: ERIKA MARIA NOVOA CABALLERO. Demandado: CAPRESOCA E.P.S.



ellos se hacen exigibles, decisión que se adopta con base en el estatuto que consagra dicho fenómeno. (Vr. Gr. Dto. 3135/68 art. 41)

En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.”

Es importante resaltar en este punto, que el nuevo C.P.A.C.A., otorgó un valor adicional a las sentencias de unificación jurisprudencial, entendidas como tales a la luz de los artículos 270 y 271 de la obra procesal en comento, las siguientes decisiones judiciales del CONSEJO DE ESTADO, expedidas antes o después de la vigencia del código del 2011:

- Las expedidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del CONSEJO DE ESTADO por importancia jurídica o trascendencia económica o social.
- Las proferidas al decidir los recursos extraordinarios (Revisión y unificación de la jurisprudencia).
- Las dictadas al ejercer el mecanismo de eventual revisión de acciones populares y de grupo.
- Las dictadas por la Sección en pleno que provengan de las Subsecciones. En este punto se aclara que las secciones 2 y 3 funcionan a través de subsecciones y por ello las decisiones proferidas por la sección en pleno,



igualmente se consideran de unificación (inciso 2 del artículo 271 del C.P.A.C.A.).

Si bien, como lo expone la entidad demandada apelante, existen una serie de decisiones posteriores del CONSEJO DE ESTADO, quien en conocimiento de acciones de tutela⁵ y en acciones ordinarias⁶, predicen la existencia de la prescripción en forma diferente, por el transcurso del tiempo de tres años después de dejar de prestar el servicio, sin que el accionante eleve solicitud ante la autoridad administrativa. De la última sentencia traída a colación, la Sala extracta el siguiente aparte:

“En esta oportunidad, la Sala debe precisar que si bien la anterior es la tesis que se aplica en la actualidad y, en efecto, se reitera que el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; también lo es que el particular debe reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de su relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama.

Lo anterior quiere decir que si finiquitó la relación que inicialmente se pactó como

⁵ En este punto, se encuentran las siguientes decisiones que avalan la posición de declarar la prescripción de los derechos laborales cuando se reclama a la administración por fuera del plazo de los tres años, contados estos desde que se dejó de prestar el servicio:

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “B”. CONSEJERA PONENTE: BERTA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia del 4 de julio de 2013. Radicación No.: 11001031500020130101500. Actor: JESÚS BAYONA GÓMEZ. Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”. CONSEJERO PONENTE: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Sentencia del 6 de septiembre de 2013. Radicación No.: 11001031500020130166200. Actor: ROSA ISMETNIA MORENO DE PALACIOS. Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCÓ.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”. CONSEJERO PONENTE: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Sentencia del 30 de octubre de 2013. Radicación número: 11001031500020130208300. Actor: ANA FRANCISCA VARGAS DE QUINTERO. Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER Y OTRO. Acción de Tutela.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Magistrado ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Sentencia del 16 de diciembre de 2013. REF.: Expediente N° 11001031500020130101501. Demandante: Jesús Bayona Gómez. Demandado: Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUB SECCIÓN “A”. CONSEJERO PONENTE: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Sentencia del 9 de abril de 2014. Radicación No. 20001 23 31 000 2011 00142 01 (0131-13). APELACIÓN SENTENCIA. AUTORIDADES DEPARTAMENTALES. ACTOR: ROSALBA JIMÉNEZ PÉREZ y OTROS.



contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan.”

Por lo expuesto y ante las múltiples posiciones existentes sobre el punto, es al juez en su autonomía quien debe definir la forma de interpretar el derecho, por lo que esta Sala acoge el criterio de la inexistencia de prescripción en el tema del contrato realidad, por las siguientes razones que se exponen en ejercicio de la independencia y autonomía de la función judicial:

1. En primer lugar, el texto mismo de la norma a interpretar, ya traída a colación y contenida en los artículos 102 del Decreto 1848 de 1969 y 41 Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 2535 del C.C., consagran la forma en que debe contarse el término extintivo de los derechos laborales, empezando solo a correr desde el momento en que la obligación se hace exigible, la que en casos de contrato realidad, nace con la sentencia, al ser la misma constitutiva del derecho que se reclama, pues antes de la declaratoria judicial el derecho pretendido no existe y por ello esta posición respeta el tenor literal de la norma.
2. En caso de que la norma genere duda en su interpretación, la misma debe solventarse a favor del trabajador, en aplicación del principio general del derecho laboral del *in dubio pro operario*, consagrado en el artículo 53 de la C.P.
3. Con fundamento en el mismo principio, toda interpretación que se haga de las fuentes formales del derecho, y la jurisprudencia lo es conforme lo consagra el C.P.A.C.A. y lo ha interpretado de forma unánime la Corte Constitucional⁷, debe realizarse a favor del trabajador, por lo que existiendo posiciones jurisprudenciales que soportan las dos

⁷ Ver, entre otras, sentencias C-836 DE 2001 y relacionada con la obligatoriedad de las sentencias de unificación del CONSEJO DE ESTADO, la sentencia C-634 DE 2011.



interpretaciones estudiadas (la prescripción de los derechos y la no prescripción de los mismos) debe aplicarse la que favorece el derecho del trabajador en discusión, es decir, para el caso concreto la no prescripción de los derechos laborales de los trabajadores que fueron contratados de manera irregular a través de un contrato de prestación de servicios.

4. Existe una decisión de unificación, de la Sala Plena de la Sección Segunda del CONSEJO DE ESTADO, que se inclina hacia la no prescripción de los derechos, sin condiciones adicionales a las puestas en las decisiones posteriores de la reclamación del derecho ante la administración en el término de prescripción, decisión aquella que posee más peso que las decisiones de las subsecciones, tal como lo consagra el artículo 271 del C.P.A.C.A., ya estudiado.
5. Por último, el argumento adicionado en las sentencias de tutela y el fallo ordinario citados en los pies de página 15 y 16 de esta providencia, que condicionan la no prescripción a la reclamación dentro de los tres años siguientes a la terminación del vínculo, están creando condiciones que no consagran las normas que regulan la prescripción y a la larga concluyen en que sí existe la extinción de los derechos por el transcurso del tiempo, en franca oposición al tenor literal de las normas ya estudiadas.

Por lo tanto, para este operador judicial, en tratándose de la prescripción de los derechos pretendidos en los conflictos relacionados con el contrato realidad, no existe término de prescripción ni para reclamar ante la administración, ni para ejercer la acción ante la jurisdicción, en donde se pretenda lo mismo, pues los derechos solo existen a partir de la declaración judicial que de ellos se haga.

2.3. LOS APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO FORMA DE REPARAR INTEGRALMENTE EL DAÑO EN LOS CASOS DE RELACIÓN LABORAL COMO REALIDAD

Se parte de la base, que demostrada una relación laboral como realidad, disfrazada



a través de contratos de prestación de servicios, es menester que el juez, conforme a lo pretendido por la parte demandante, se propenda por la reparación integral del daño, el principio consagrado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998⁸.

En este sentido, puede observarse la jurisprudencia contenciosa sobre el tema, de la cual se cita la siguiente:

“LA SEGURIDAD SOCIAL

Derechos pensionales

La controversia gira en torno a las razones que expone la Jurisprudencia actual para acceder a una condena parcial en el sentido de ordenar el pago de prestaciones “ordinarias”, olvidándose de la indemnización integral de los perjuicios sufridos por el daño, tal como lo establece el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, cuyo tenor literal es el siguiente:

...

En la salvedad de voto frente a la sentencia de 18 de noviembre de 2003, Exp. 17001-23-31-000-1999-0039-01(IJ), se advirtió una inconsistencia de la jurisprudencia, porque a pesar de considerar desvirtuado el contrato de prestación de servicios y aceptar la relación laboral se ha negado a hacerle producir las consecuencias pertinentes.

En dicho proveído se advirtió:

*“...Puede, incluso, afirmarse que la jurisprudencia no ha sido consistente porque, a pesar de considerar desvirtuado el contrato de prestación de servicios y de aceptar la existencia de una verdadera relación laboral, se ha negado a hacerle producir las consecuencias que de ella se derivan, entre ellas, **reconocer el tiempo de servicio laborado como útil para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación.** Si el contrato de prestación de servicios es supuesto y la verdadera relación es laboral debe concluirse que la persona natural tiene las prerrogativas propias del empleado público, así sea como funcionario de hecho, porque no puede aceptarse que el particular deba, se reitera, asumir los errores de la administración ni sacrificar sus derechos fundamentales en aras del bien social público sin incurrir, en últimas, en lo que se critica: hacer prevalecer lo formal sobre lo sustancial y más en materia laboral dada la característica irrenunciable de sus derechos y su estrecha vinculación con la dignidad humana.”. (Negrillas fuera del texto)*

La Sala prohija en esta oportunidad la tesis allí expuesta, porque si se desvirtúa el

⁸ “ARTÍCULO 16. VALORACION DE DAÑOS. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.”



contrato de prestación de servicios, y se acepta la existencia de una verdadera relación laboral es apenas lógico que produzcan plenos efectos, ello es, que el tiempo laborado sea útil para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación.

Asimismo, debe tenerse en cuenta el Sistema de Seguridad Social Integral previsto en la Ley 100 de 1993, aplicable al sub-lite, el cual garantiza el cubrimiento de las contingencias, tales como Pensión y Salud; por su parte, el Decreto 1295 de 1994, dispuso la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Riesgos Profesionales y la Ley 21 de 1982 previó la afiliación a las Cajas de Compensación Familiar y el pago del subsidio familiar.

Sobre el tema de las prestaciones sociales, han sido clasificadas, en general, dependiendo a cargo de quien está la obligación de efectuar el aporte, así, unas son a cargo del empleador (vr.gr. prestaciones comunes u ordinarias como primas, cesantías, riesgos profesionales, caja de compensación etc) y otras compartidas con el trabajador (vr.gr. pensión y salud). Las vacaciones en cambio, no tienen la connotación de prestación salarial porque son un descanso remunerado que tiene el trabajador por cada año de servicios.

En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, esta Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador, sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización.

En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones sociales referentes a pensión y salud son cubiertas por las partes que integran la relación laboral, así por ejemplo, en materia pensional durante la ejecución del último contrato de la actora, se destinaba el equivalente al 10% de la tasa de cotización, monto cubierto por el empleador con un 75% y el trabajador con un 25% (artículo 20 de Ley 100 1993 sin sus modificaciones posteriores), y en materia de salud la base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, es la misma contemplada en el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 (parágrafo primero art. 204 de la Ley 100 de 1993.).

*Por tanto, la reparación del daño en el sub-lite no podrá ser la totalidad de dichos montos, **sino la cuota parte que la entidad demandada no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones o Empresa Prestadora de Salud,** debiéndose pagar a la actora quien finalmente tenía la obligación de efectuar dichos aportes como contratista o trabajadora independiente. (Artículos 15 y 157 de la Ley 100 de 1993)” (Resaltado de la Sala)⁹*

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. CONSEJERA PONENTE: BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia del 19 de febrero de 2009. REF.: EXPEDIENTE No. 730012331000200003449-01. No. INTERNO: 3074-2005. AUTORIDADES NACIONALES. ACTORA: ANA REINALDA TRIANA VIUCHI.



Así las cosas, existe absoluta claridad en torno a que el daño debe ser reparado íntegramente, y en tratándose de los aportes a la seguridad social, los mismos deben ser cubiertos en las proporciones a los consagrados en las normas pertinentes, aplicables a las relaciones de tipo laboral.

3. EL CASO CONCRETO:

En el *sub lite* tenemos que existe claridad que la actora estuvo vinculada al municipio de Sincelejo, en calidad de docente, a través de órdenes de prestación de servicios, culminando la última vinculación de esta forma el 8 de marzo de 1998 (fol. 58 C. Ppal.) y presentó la petición que provocó el pronunciamiento de la administración, el 19 de octubre de 2012 (fol. 13 a 18 C. Ppal.).

Como ya se advirtió, este Tribunal interpreta que en casos como el analizado, el derecho nace con la sentencia que lo declara, razón por la cual no existe la prescripción solicitada por el apelante, y se desecha su argumento.

En lo referente al pago de los aportes a la seguridad social, la sentencia impugnada ordena el pago de los mismos en su proporción legal, es decir, conforme lo consagran las normas que regulan la materia, ya estudiadas, decisión que se ajusta a la indemnización integral del daño, conforme a la posición jurisprudencial ya expuesta, razones suficientes para desechar igualmente este argumento de impugnación.

Por lo anterior, se **CONFIRMARÁ** íntegramente la sentencia apelada.

En igual sentido: “En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones sociales referentes a pensión y salud son cubiertas por las partes que integran la relación laboral. Por tanto, la reparación del daño en el presente caso no podrá ser la totalidad de dichos montos, **sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el actor.**” (Se resalta). Providencia de la misma corporación sala y sección, SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia del 1 de julio de 2009. Radicación número: 47001-23-31-000-2000-00147-01(1106-08). Actor: JOSÉ DOLORES OROZCO ALTAMAR. Demandado: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION Y CORPES.



4. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS:

Se condenará a la parte recurrente que no le prosperó el recurso, el demandado, al pago de las costas correspondientes a esta instancia, de conformidad con lo consagrado en los artículos 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. En firme la presente providencia, ordénese que por el *A quo* se realice la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

3. CONCLUSIÓN

A guisa de conclusión, el Tribunal considera que, por una parte, no existe la prescripción predicada por el demandado apelante, y por otra, la indemnización del daño en torno al pago de los aportes a la seguridad social, se encuentra acorde con las prescripciones legales y la jurisprudencia sobre el tema; por tanto se dispondrá la **CONFIRMACIÓN** de la sentencia de primera instancia que acogió las pretensiones de la demanda.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia proferida por el JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, de fecha 28 de mayo de 2014, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandada apelante. En firme la presente providencia, por el *A-quo*,



REALÍCESE la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue estudiado, discutido y aprobado por la Sala en sesión del día de hoy, según Acta N° 147.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ