



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN**

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

Sincelejo, cuatro (4) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
RADICADO: 70001-3333-009-2017-00095-01
DEMANDANTE: ELVIRA MARÍA PÉREZ BRIEVA
DEMANDADO: HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
ASUNTO: RECHAZO DE DEMANDA

OBJETO

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la decisión adoptada por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo, en auto de 11 de mayo de 2017, por el cual se rechazó de plano la demanda por configurarse el fenómeno de la caducidad del medio de control.

1. ANTECEDENTES.

La parte actora el 19 de abril de 2017 interpone demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en contra de la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELJO (folio 8 y 56), pretendiendo lo siguiente¹:

Que se declare la Nulidad del Oficio No. 430 de fecha 20 de Mayo de 2016, emanado de la Gerente encargada del HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se ordene al Hospital Universitario de Sincelejo, le reconozca la calidad de empleada pública de la Planta de cargos del área asistencial, por haberse desempeñado en el cargo de auxiliar de enfermería en el periodo comprendido del 02 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2012.

El pago del salario del mes de enero de 2012, correspondiente a la suma de \$1.100.000, el cual hasta la fecha no se le ha cancelado con su respectiva indexación, los

¹ Fol. 1-2 C.Ppal.

incrementos legales de los domingos laborados, trabajo nocturno laborado y trabajo en festivos.

Que se le reconozca como conceptos salariales y prestacionales: las asignaciones básicas mensuales en el periodo comprendido del 02 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2012, fecha en que se encontraba vigente la vinculación laboral o hasta cuando la administración le dé cumplimiento al fallo judicial, la cancelación de las Prestaciones sociales que tiene derecho por ley como empleada de planta de cargos del área asistencial del Hospital Universitario de Sincelejo, la cancelación de las primas legales y extralegales tales: como prima de navidad, prima semestral, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, compensación de las vacaciones, bonificación por recreación, viáticos y gastos de viaje, cotizaciones al Régimen de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Profesionales, aportes al Fondo de Cesantías con sus respectivos intereses, y Los demás emolumentos salariales y prestacionales a que tienen derecho los servidores públicos en el periodo en que estuvo vinculada, así mismo debe la reconocer y cancelar la sanción moratoria a que hace referencia el artículo 99 de la ley 50 de 1990 por no consignar las cesantías en los términos legales.

El conocimiento de la demanda, le correspondió por reparto al Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo-Sucre (folio 56) quien por auto de fecha 11 de mayo de 2017, resolvió rechazar la demanda por caducidad del medio de control (folio 58-59).

La anterior decisión fue apelada por la parte demandante, a través de escrito de fecha 17 de mayo de 2017 (folio 62-63), el cual fue concedido por auto de fecha 30 de mayo de 2017 (folio 65).

1.1. EL AUTO APELADO²

El Juzgado Noveno Administrativo, por auto de fecha 11 de mayo de 2017, resolvió rechazar de plano la demanda, considerando que sobre el particular había operado el fenómeno de la caducidad, como quiera que según lo dispuesto por el artículo 138 y 164 de la Ley 1437 de 2011, quien pretenda demandar en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, deberá hacerlo dentro del término de 4 meses contados a partir del día siguiente de la comunicación , notificación, ejecución o publicación del acto administrativo del cual se cuestione su legalidad.

² Folio 58 y 59

A la anterior resolutive se llegó, teniendo en cuenta que, el acto administrativo demandado fue expedido el 20 de mayo de 2016, y notificado el 24 de mayo del mismo año y la demanda fue presentada el día 19 de abril de 2017, tiempo en el cual transcurrieron más de los 4 meses que exige la norma, lo cual configura la caducidad de la acción intentada, pues no se aportó la solicitud de conciliación ante la Procuraduría, para efectos de interrumpir los términos de caducidad de haberse presentado en tiempo.

Además de lo anotado, señaló el *A quo*, que acudir al argumento de que para efectos de reconocimiento de prestaciones periódicas no es dable la procedencia del estudio de caducidad por la pretensión del pago de emolumentos laborales, para dejar de lado las obligaciones que como parte surgen al acudir a la justicia en un tiempo prudencial, no son de recibo para esa instancia judicial

1.1. EL RECURSO³.

Dentro de la oportunidad legal, el extremo activo de litis presentó recurso de apelación en contra de la adoptada por el Juez de la primera instancia, el cual fue fundamentado con base en los siguientes argumentos:

"(SIC)... El Hospital Universitario hasta la fecha le adeuda a la hoy demandante: Salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social (Salud, Pensión, etc.) lo que la prestación de salarios y aportes a pensión, son prestaciones periódicas que trascienden en el tiempo y que además son derechos irrenunciables y no conciliables. En tal sentido, es preciso resaltar que en el expediente de la demanda principal, existen soportes o pruebas que muestra la mora tanto de sueldos como del pago de los aportes a Pensión y prestaciones sociales por parte de la entidad demandada, lo que vulnera los derechos fundamentales de la hoy reclamante y bajo la mala fe del empleador que desconoce el contrato laboral y lo maquilla con otra figura contractual desmejorando al trabajador con relación a las demás auxiliares de enfermería que asumen el cargo de la planta.

Por lo anterior, el Art. 164 de la Ley 1437 del 2011, establece expresamente que la demanda se podrá presentar en cualquier tiempo cuando:

c) se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas....

Es por tal razón que los sueldos, pensión, prestaciones sociales son prestaciones periódicas que son obligación del empleador en pagar periódicamente al trabajador y no son renunciables y por ende, ni conciliables.

El honorable Consejo de Estado, sección segunda, se ha pronunciado en la Sentencia: Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER. Bogotá, D. C., veinticinco (25) de Agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 23001 -23-33-000-2013-00260-01 (0088 I 5JCE-SUJ2-005-Actor: LUCINDA MARÍA CORDERO CAUSIL:

³ Folio 62-63 C.Ppal.

Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al Sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptible y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo. Consecuentemente, tampoco es exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables (condición que prevé el numeral I del artículo 161 del CPACA para requerir tal trámite), en armonía con el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial.

RELACIÓN LABORAL - Elementos / PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES.

El contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia”

Con fundamento en lo anterior, solicita que se revoque el auto apelado y en consecuencia, se disponga sobre la admisión de la demanda.

2. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA.

Según lo establecido por el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para resolver el recurso de apelación contra los autos que decidan rechazar de plano la demanda al tenor del numeral 1º del artículo 243 *ídem*, cuya decisión deben tomarse a través de la presente Sala de Decisión de conformidad con el artículo 125 *ibídem*.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO. De conformidad con el reparo formulado por la parte actora en contra del auto que dispuso el rechazo de la demanda, se deberá establecer, si la demanda formulada se encuentra exenta de aplicar la caducidad

del medio de control, por tratarse de prestaciones periódicas.

2.3. TESIS DE LA SALA

Para la Sala, cuando se demanda al Estado en aplicación de la teoría del contrato realidad, solo se encuentra exenta de aplicar el término de caducidad del artículo numeral 2 del literal d del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, la pretensión relativa al pago de aportes pensionales, puesto que es una prestación periódica.

- **ARGUMENTOS DE SALA**

La jurisprudencia ha señalado que, *"el presupuesto procesal de caducidad es entendido como aquel "fenómeno cuya ocurrencia depende del cumplimiento del término perentorio establecido para ejercer las acciones ante la jurisdicción derivadas de los actos, hechos, omisiones u operaciones de la administración, sin que se haya ejercido el derecho de acción por parte del interesado. De lo anterior se concluye que la caducidad ocurre por la inactividad de quien tiene el deber de demandar en el tiempo permitido para hacerlo, para no perder el derecho de ejercer la acción, lo cual no genera un pronunciamiento de fondo por parte de las autoridades judiciales"*⁴.

La Corte Constitucional en sentencia C- 781 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz y la C-115 de 1998 M.P. Hernando Herrera Vergara⁵, ha sostenido que:

"La caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el transcurso del tiempo, de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos. Dichos plazos constituyen una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado."

Así, la caducidad entendida como el plazo objetivo para incoar oportunamente de la acción judicial, opera cuando el término concedido para ejercitar la acción ha vencido, independientemente de consideraciones que no sean el sólo transcurso del tiempo. Óptica bajo la cual, se comprende que éste término no puede ser materia de convención ni de renuncia, pues, dado que es improrrogable, razón por la cual, la facultad de acudir al aparato jurisdiccional, comienza a contarse con el inicio del plazo prefijado en la ley,

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección B. Sentencia del 23 de septiembre de 2010. Expediente 1201-08. C.P Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez

⁵ Que el despacho resalta y considera aplicables al caso concreto.

de tal forma que, nada obsta para que se ejercite desde el primer día, pero fenece indefectiblemente al terminar el lapso establecido por la Ley.

De suerte entonces, que quien opte por no ejercitar su pretensión en tiempo, perderá la oportunidad para que su conflicto sea ventilado judicialmente, facultándose al Juez de lo Contencioso Administrativo, en aplicación de lo señalado en el numeral 2 del artículo 169 de la ley 1437 de 2011, a rechazar de plano la demanda, cuando advierta en la revisión inicial de la demanda la configuración del supuesto temporal establecido por el legislador para el efecto.

De otra parte, el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, dispone en su inciso final:

“...

Quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código”

La Corte Constitucional ha señalado sobre los deberes y cargas procesales que “La jurisprudencia ha distinguido de manera clara entre deberes, obligaciones y cargas procesales, así: “Son deberes procesales aquellos imperativos establecidos por la ley en orden a la adecuada realización del proceso y que miran, unas veces al Juez, otras a las partes y aun a los terceros, y su incumplimiento se sanciona en forma diferente según quien sea la persona llamada a su observancia y la clase de deber omitido; se caracterizan porque emanan, precisamente, **de las normas procesales, que son de derecho público, y, por lo tanto, de imperativo cumplimiento**. Las obligaciones procesales son, en cambio, aquellas prestaciones de contenido patrimonial impuestas a las partes con ocasión del proceso, como las surgidas de la condena en costas. En tanto las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso; las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones; de no, tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables”⁶

⁶ Sentencia C -279 de 2013.

Cargas procesales que son impuestas por el legislador en ejercicio de su derecho a la libertad configurativa, a quien por la cláusula general de competencia le corresponde regular los procedimientos judiciales y administrativos y que per se no implica una limitante al derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, pues es plenamente razonable y admisible que la Ley asigne a las personas unas reglas para el ejercicio de sus derechos en el ámbito procesal.

Dentro de esas cargas y deberes, el legislador al expedir la Ley 1437 de 2011, en su artículo 164, que regula como antes se mencionó el deber de presentar la demanda dentro del término exigido en la ley procesal para el ejercicio de la oportuno de la acción, teniendo claro que el incumplimiento del plazo para formular la demanda conlleva en el control de la misma, el rechazo de la demanda, ello aun en el evento en que la demanda haya sido remitida por jueces de otra jurisdicción, como quiera que la caducidad es una institución de orden procesal y derecho de público, la cual no es susceptible de disposición o ampliación por las partes ni por el Juez.

Con relación a la medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la caducidad se encuentra regulada en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011., bajo el título de oportunidad para presentar la demanda, en los siguientes términos:

"Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

...

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe;

...

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

...

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;

..."

Así pues, encontramos una regla general planteada para el medio de control en estudio, de una caducidad de 4 meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, y unas excepciones consagradas en leyes especiales y en el numeral 1 literal c de la norma comentada, cuando se trata de actos administrativos que reconozcan o nieguen prestaciones periódicas, norma esta última que vino a aclarar la inquietud generada en el Código Contencioso Administrativo frente a los actos que negaban este tipo de prestaciones.

Ahora bien, frente a la delimitación del concepto de prestaciones periódicas, el diccionario de la Real Academia de la Lengua, define la palabra periódico en el siguiente sentido:

- "periódico, ca.*
(Del lat. *periodĭcus*, y este del gr. *περιοδικός*).
1. *adj.* Que guarda período determinado.
2. *adj.* Que se repite con frecuencia a intervalos determinados.
3. *adj.* Dicho de un impreso: Que se publica con determinados intervalos de tiempo. *U. m. c. s. m.*
4. *adj. Fís.* Dicho de un fenómeno: Cuyas fases se repiten con regularidad.
5. *adj. Mat.* Dicho de una fracción decimal: Que tiene período.
6. *m.* Publicación que sale diariamente."⁷

De la anterior definición, podría extractarse que todo pago que se causa en determinado período que se produce con una frecuencia temporaria fijada por la ley, en nuestro caso, sería una prestación periódica. Sin embargo, como lo ha interpretado de forma reiterada el CONSEJO DE ESTADO, no todas las prestaciones que cumplen con esa condición son periódicas, como por ejemplo las acreencias laborales y cesantías, Sobre el punto, nos ilustra la jurisprudencia:

"En este tópico, no es viable aplicar la excepción contenida en la parte final del artículo 136 del C.C.A., por cuanto, tal como lo ha manifestado en reiteradas oportunidades esta Corporación, el auxilio de cesantía no es una prestación periódica:

"La cesantía no es una prestación periódica a pesar de que su liquidación se haga anualmente; es prestación unitaria y cuando como en este caso se obtiene en forma definitiva por retiro del servicio, el acto que la reconoce pone fin a la situación si queda en firme. La cesantía debe pagarse al empleado al momento de su desvinculación laboral y excepcionalmente antes de esta, cuando se den las causales específicas de pago parcial. El acto de liquidación por tanto es demandable ante lo contencioso administrativo, observando las normas que en materia de caducidad de la acción señalan un término de 4 meses contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso (inciso 2º. Artículo 136 del C.C.A.)."⁸.

Por su parte en fallo de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 12 de julio de 2001, Magistrado Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, expediente No.3146-00, actor: Celmira González de Paz, se expresó:

"En reiteradas oportunidades la Sala ha manifestado frente a casos similares, que encontrándose en firme, como lo están las diferentes resoluciones que no fueron recurridas ante la administración, la entidad demandada se pronunció respecto de una petición presentada, la cual constituye una solicitud de revocatoria directa, sin que ella, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 72 del C.C.A., tenga suficiente fuerza para revivir el término legal que permita ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como pretende la actora."

⁷ Ver <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=SdLXckw> consultado el 27-07-2017 (8:48:00 am).

⁸ Auto del 18 de abril de 1995, expediente No. 11.043, Magistrada Ponente Clara Forero de Castro, actor Luis Aníbal Villada.

La anotada característica, se reitera, obliga al beneficiario inconforme con el reconocimiento de su cesantía a atacar, dentro del término establecido, el acto administrativo que lo efectúa.⁹

En iguales términos se ha despachado en lo relacionado con la prima de servicios, recalcando que no se trata de una prestación periódica, como quiera que **"no constituye una prestación que pudiese haberse percibido de forma habitual, no puede determinarse su valor desde que se causó y hasta la presentación de la demanda si pasar de tres (3) años como lo contempla la norma cuando se refiere a las prestaciones que tienen la connotación de periódicas"**¹⁰ (Destacado de la Sala).

En otro de sus pronunciamientos expuso¹¹:

"Descendiendo al caso bajo estudio y analizado el derecho de petición elevado por la demandante, sobre el cual se estructura la existencia del acto ficto negativo, se colige que su reclamación se encausó a obtener la liquidación y pago de "...las acreencias laborales y cesantías ..." sin precisar los conceptos que encierran la expresión acreencias laborales, esto es, si refiere a salarios, primas, bonificaciones ordinarias y especiales, horas extras, etc., ni menos aún el lapso durante el cual estos se causaron, por lo que resulta imposible atribuirle la calidad de derechos ciertos e indiscutibles, constituyéndose, por ende, en un asunto perfectamente conciliable.

En lo que concierne a las cesantías, parciales o definitivas, también ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación que no se constituye en una prestación periódica, sino unitaria, que, aun cuando su liquidación se realice de manera anual o, excepcionalmente, al retiro del empleado, se agota al momento de la expedición del respectivo acto que las reconozca. Vistas así las cosas, se muestra evidente que la reclamación de las "prestaciones sociales y cesantías" del demandante, en los términos de su derecho de petición, conciernen a derechos inciertos y discutibles, por lo que, al tenor de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, era exigible el trámite de la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho" (Destacado de la Sala).

La H. Corte Constitucional¹² ha dicho respecto al tema:

"En el régimen laboral colombiano por "prestaciones sociales" se entienden los pagos

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "B". Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia del 26 de marzo de 2009. Radicación número: 08001-23-31-000-2003-02500-01(1134-07). Actor: JOSÉ LUIS ACUÑA HENRÍQUEZ. Demandado: DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "B". Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Auto del 10 de diciembre de 2012.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Auto de 9 de abril de 2014. C.P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-108 de 1994, MP Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

que el empleador hace al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, con el fin de cubrir los riesgos o necesidades de este que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma. Se diferencian de los salarios en que no retribuyen directamente los servicios prestados y de las indemnizaciones en que no reparan perjuicios causados por el empleador.

En cuanto a su origen, las prestaciones pueden ser creadas por ministerio de la ley, o pactadas en convenciones y pactos colectivos o en el contrato de trabajo, o establecidas en los reglamentos de trabajo, en fallos arbitrales, o en cualquier otro acto unilateral del empleador.

La doctrina distingue las prestaciones en dinero, según se concreten en una suma única o en el abono de prestaciones periódicas. Se cita como ejemplo más frecuente el de los sistemas de capital o renta para indemnizar a las víctimas de riesgos o infortunios laborales. Las prestaciones periódicas a su vez pueden ser transitorias o permanentes; por lo general, se denominan subsidios a las indemnizaciones periódicas con corta duración y pensiones cuando se abonan durante bastante tiempo e incluso con carácter vitalicio.

Con respecto a su forma, las prestaciones a su vez pueden ser uniformes o variables. Las primeras se limitan a garantizar niveles mínimos de subsistencia o de atención, con independencia de los diversos recursos de los beneficiarios. En cambio, las segundas actúan de acuerdo a los ingresos de los asegurados con las contribuciones que ellos mismos efectúan o que por ellos se producen y con el objetivo de mantener un nivel económico determinado.”

La Sección Segunda del H. Consejo de Estado¹³, ha determinado cual el alcance que tiene el concepto de prestación periódica, explicando pata tal efecto:

“La posibilidad de demandar en cualquier tiempo, apunta a los actos que tienen el carácter de “prestación periódica”, es decir, **aquellos actos que reconocen emolumentos que habitualmente percibe el beneficiario.**

En ese sentido, dentro de los actos que reconocen prestaciones periódicas, están comprendidos no sólo las decisiones que reconocen prestaciones sociales, sino también aquellos que reconocen prestaciones salariales que periódicamente sufragan al beneficiario, siempre y **cuando la periodicidad en la retribución se encuentre vigente.**”..

Conforme la sentencia de la Corte Constitucional y las reseñadas del Consejo de Estado se obtiene que **las prestaciones periódicas son aquellos pagos corrientes que le corresponden al trabajador, originados en una relación laboral o con ocasión de ella, que se componen de prestaciones sociales que son beneficios para cubrir riesgos del empleado y no sociales como el pago del salario, pero que una vez finalizado el vínculo laboral las denominadas prestaciones periódicas dejan de serlo, salvo las correspondientes a la prestación pensional o una sustitución pensional que pueden ser demandados en cualquier tiempo, aún después de culminado el vínculo laboral**” (Negrillas de la Sala).

De lo dicho anteriormente, se puede traer a colación lo señalado, sobre la interpretación que se le ha dado al del tiempo para demandar la prestación periódica, en los términos del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

“Si la interpretación sobre lo que debe entenderse por prestación periódica fuera el significado lingüístico de las palabras, sería elemental que el actor tendría razón.

¹³ Ibídem pie de página 5.

No obstante, tal método, cuando la ley se encarga de poner ejemplos sobre los cuales son las prestaciones periódicas, no es eficaz y debe atenderse a la orientación que brinda aquella. En efecto, el artículo 131,6 letra b) del CCA, se refiere a las pensiones de jubilación y de invalidez como prestaciones periódicas, referencia que debe observarse para los efectos del inciso 3º del artículo 136 ibídem, pues la norma en últimas lo que da a entender es que tratándose de derechos que existen durante la vida del titular y después respecto de los beneficiarios llamados a sustituirse también en forma vitalicia (cónyuge, compañera o hijo inválidos), es lógico, justificable y razonable que en cualquier tiempo puedan discutirse tales prestaciones, para diferenciarlas de los demás derechos laborales que no son vitalicios y por consiguiente la definición de las controversias sobre los mismos, debe hacerse en los términos de la caducidad establecida para ellos, vale decir, a meses.

Si tal no fuera el alcance de la norma, resultaría que como en el derecho laboral casi todos los derechos se causan por un determinado tiempo, habría que concluir en esa materia la indefinición de los conflictos sería la constante, porque no operaría la caducidad en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y tal interpretación sería absurda, a juicio de la Sala¹⁴ (Destacado de la Sala).

En ese orden, de lo expuesto, para la Sala no es posible entender como lo pretende la parte actora en su recurso, que todo lo reclamado por virtud de la aplicación del contrato realidad, sea prestación periódica, pues conforme, lo relacionado previamente, ello solo acaecería sobre los derechos pensionales, recordando que no todos los emolumentos laborales que habitualmente se perciben pueden recibir la connotación de prestaciones periódicas y por lo tanto, ser demandables en cualquier tiempo, sino que, el ejercicio del medio de control se encuentra restringido al límite máximo y perentorio establecido en la Ley, el cual tratándose de la Nulidad y Restablecimiento del Derecho, corresponde a cuatro (4) meses según lo dispuesto en el literal d), del numeral 2º del artículo 164 de la ley 1437 de 2011,

Descendiendo al caso bajo estudio y analizadas las pretensiones de la demanda, tenemos que estas fueron encausadas a la reclamación del reconocimiento y pago de unas las acreencias laborales, cesantías y unos derechos de índole pensional, derivados de la existencia de un contrato realidad existente ente la señora Elvia Pérez Brieva y el Hospital Universitario de Sincelejo.

El Juez de la primera instancia, rechazó de plano la demanda, considerando que la misma había sido interpuesta por fuera del termino establecido en el numeral 2º literal d) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, por lo cual el medio de control intentado estaba afectado bajo el fenómeno de la caducidad, aunado a esto, no se aportó la concitación extrajudicial, con la cual se interrumpiera los términos señalados por la norma en mención.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Auto del 15 de septiembre de 2011. C.P. ALFONSO VARGAS RINCON

La anterior decisión es atacada por el demandante, aduciendo que las prestaciones que está reclamando (salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social en salud y pensión, cesantías, incrementos por festivos y domingos laborados, etc) tienen el carácter de "periódicas", y por lo tanto no son susceptibles de conciliación, por ende no caducan, pudiéndose demandar en cualquier tiempo según lo interpretado por el artículo 164 numeral 1º, literal c).

En vista de lo anotado, precisa la Sala, que el ejercicio oportuno de la acción, es una carga mínima procesal que debe ser acatada en los términos inciso 4º del artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, cuyo incumplimiento deriva en el rechazo de la demanda, al tenor del artículo 169 ibídem.

En tal orden, tenemos que el acto administrativo censurado judicialmente contenido en el Oficio 430 del 20 de mayo de 2016, se notificó el 24 de mayo de 2016 y la demanda fue presentada el 19 de abril de 2017 (folio 8 y 56), advirtiéndose claramente que se realizó por fuera del plazo de caducidad regulado por el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, cuando de nulidad y restablecimiento se trata¹⁵.

Sin embargo, revisada la demanda, en una de sus pretensiones se propone o formula como tal, la de reconocimiento y disposición de los aportes a pensión en el tiempo en que estuvo la señora Elvira María Pérez Brieva vinculada con la E.S.E.HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, siendo en este punto necesario precisar que el Tribunal acoge y aplica la ***SENTENCIA DE UNIFICACIÓN CE-SUJ2 No. 5 de 2016, del 25 de agosto de 2016 proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda*** del H. Consejo de Estado¹⁶, donde luego de un extenso y riguroso análisis del devenir de la teoría del contrato realidad en la Sección, se unificó postura sobre el término prescriptivo de la reclamación, los derechos a reconocer y la condición de su reconocimiento, así como la **imprescriptibilidad y no caducidad del derecho a reclamar aportes pensionales derivados del contrato realidad**. Al respecto, dice la sentencia en comentario:

"3.5 Síntesis de la Sala. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales: i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo 70 Decreto 2277 de 1979, "por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente",

¹⁵ El término no fue objeto de suspensión, puesto que no se acudió a conciliación prejudicial.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda. Radicación No. 23001233300020130026001. C. P. Carmelo Perdomo C. Actor: LUCINDA MARÍA CORDERO CAUSIL Demandado: MUNICIPIO DE CIÉNAGA DE ORO (CÓRDOBA)

artículo 36: "Derechos de los educadores. Los educadores al servicio oficial gozarán de los siguientes derechos: (...) b. Percibir oportunamente la remuneración asignada para el respectivo cargo y grado del escalafón; (...)": 35 contractual. ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad. iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional. **iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).** **v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.** vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral). vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador. De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados" (Negrillas de la Sala).

Atendiendo el anotado precedente, en vista que en el *sub examine* se pide la disposición de los aportes a pensión¹⁷, se estima que frente a esa pretensión NO opera la caducidad del medio de control, como tampoco se exige la conciliación extrajudicial como mecanismo de procedibilidad de este medio de control, por lo que no es menester que la actora cumpla con esta exigencia procesal, empero, frente a las demás pretensiones al no ser prestaciones periódicas, no aplica la excepción de caducidad y por tanto se debió ejercer la pretensión de manera oportuna, hecho que no ocurrió.

Por consiguiente, esta Corporación con miras a salvaguardar el derecho fundamental al debido proceso y acceso a la administración de justicia de la señora ELVIRA MARÍA PÉREZ BRIEVA, estima que únicamente debe admitirse la demanda en lo relativo a la pretensión de pago de aportes pensionales, por lo tanto, es necesario que se controvierta la teoría

¹⁷ Ver pretensión No. 2.4 – folio 1-2 del cartulario.

de contrato realidad que propone la actora con el propósito de determinar la procedencia o no, a título de restablecimiento del derecho, de los referidos aportes a pensión.

Se aclara e insiste, que que respecto a las demás pretensiones aplicó en debida forma, el A quo la figura del rechazo de la demanda, pues no se trata de prestaciones periódicas, como en acápite previo se determinó.

Siendo así, esta Colegiatura concluye que debe revocarse parcialmente el auto del 11 de mayo de 2017, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo, por el cual se rechaza la presente demanda, y en su lugar, debe disponer la admisión de la misma pero **únicamente en cuanto a la pretensión de nulidad del acto demandado y el restablecimiento del derecho concebido en el reconocimiento de la relación laboral y el consecuente pago de los aportes girados al correspondiente fondo administrador de pensiones.** Frente las demás pretensiones se considera ajustada a derecho su rechazo por caducidad del medio de control.

3. DECISIÓN

Por lo expuesto, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, SALA TERCERA DE DECISIÓN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el auto de fecha 11 de mayo de 2017, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, por el cual se rechazó de plano la demanda de la referencia, bajo las consideraciones y términos aducidos por esta Corporación, pero solo en el sentido que se disponga la admisión de la demanda frente a las pretensiones de nulidad del acto administrativo demandado, las del restablecimiento del derecho relacionadas con el reconocimiento de la relación laboral y el consecuente pago de los aportes girados al correspondiente fondo administrador de pensiones.

En lo demás CONFÍRMESE la providencia apelada.

SEGUNDO: En firme esta decisión, **CANCÉLESE** su radicación, **ENVÍESE** al despacho de origen, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

El proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No.128.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS.

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY
(Ausente con permiso)

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA