



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: Eduardo Javier Torralvo Negrete

Sincelejo, ocho (8) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

**REFERENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
PROCESO: 70-001-33-33-005-2016-00071-01
DEMANDANTE: JESÚS LEMUS NAVARRO
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SINCELEJO.**

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el día 28 de septiembre de 2017, por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual resolvió conceder parcialmente las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

a. La demanda¹

El demandante **pretende** mediante el presente medio de control, que se declara la nulidad del Oficio No. 800-984-12-2015 fechado el 14 de diciembre de 2015, expedido por el MUNICIPIO DE SINCELEJO, por el cual decide negar el reconocimiento de una relación laboral, y con ello el pago de las prestaciones sociales y factores salariales causados, con ocasión a los servicios prestados en la modalidad de contratos de prestación de servicios.

¹ Folio 1 a 10 cuaderno principal

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar las prestaciones sociales causadas desde el día 1º de febrero de 1999 hasta el día 30 de agosto de 2003, como consecuencia de los servicios prestados como docente al servicio del Municipio de Sincelejo, en ese interregno.

Solicita que las sumas a pagar estén debidamente actualizadas, y que en la sentencia se dé cumplimiento en los términos del artículo 176 del CPACA.

Así mismo, solicita que se condene en costas a la parte demandada.

Como **fundamentos fácticos**, se afirmó en la demanda que:

El señor JESÚS LEMUS NAVARRO, fue vinculado al Municipio de Sincelejo como docente en la modalidad de contratos de prestación de servicios, cuyo término de duración no eran mayor a cuatro (4) meses, celebrados de manera consecutiva.

Los servicios como docente estuvieron siempre en completa subordinación, pues estaba sometida al cumplimiento de un horario y a las labores propias de los docentes que están vinculados a la planta de personal del municipio. Por tanto, el ente demandado a fin de evitar el pago de prestaciones sociales, vinculó al señor Lemus Navarro en la modalidad de contratos de prestación, encubriendo en la realidad una verdadera relación laboral, como quiera que hubo en las actividades desempeñadas como docente: una prestación personal del servicio, la correspondiente remuneración, y la realización de las tareas asignadas de manera subordinada.

Sostiene que al ejercer funciones ordinarias de las labores que efectúa un funcionario que está reglamentariamente vinculado, se configuró la figura del contrato realidad, por lo que es merecedor de las prestaciones sociales que se causaron en el período en que estuvo vinculada en calidad de contratista.

El día 14 de diciembre de 2015, elevó petición ante la entidad municipal mencionada, solicitando el reconocimiento de todos los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos, con ocasión a los servicios

prestados como docente; siendo resuelta negativamente mediante Oficio N° 800-984-12-2015 fechado el 14 de diciembre del mismo año.

Como **normas violadas**, la parte actora en su demanda, señaló los Artículos 13, 25 y 53 de la C. P.

Asimismo, vulnera el Decreto 3135 de 1968; Decreto 1845 de 1969; Decreto 1045 de 1978; Ley 4 de 1992; Decreto 1999 de 2002.

En el **concepto de la violación**, explica que la vinculación del demandante, pese a que se surtió conforme los formalismos de la Ley 80 de 1993, en la modalidad de contrato de prestación de servicios, la realidad indicaba que las tareas de docente ejercidas eran iguales y propias de aquellos que estaban vinculados de manera legal y reglamentaria, denotándose la verdadera existencia de una relación laboral dada la igualdad de condiciones que tenía respecto de los empleados públicos docentes, generando con ello la transgresión de las normas acusadas, toda vez que la entidad no puede usar esa figura contractual de vinculación en aquellas labores que son permanentes y continuas, como es el servicio de docente.

b. Contestación de la demanda².

El ente demandado, a través de apoderado judicial contestó la demanda, señalando que se opone a todas las pretensiones, argumentando que los contratos de prestación de servicios celebrados con el demandante, en ningún caso, generan relación laboral ni menos el pago de prestaciones sociales, pues, se suscriben con el propósito de realizar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.

Propuso la excepción previa de prescripción extintiva de los derechos laborales reclamados, como quiera que para la fecha en que se radicó la reclamación ante la administración municipal, habían transcurrido más de tres (3) años desde la finalización del último vínculo contractual.

Asimismo, propuso la excepción de mérito de inexistencia de la relación laboral, explicando que el demandante siempre estuvo vinculado

² Folios 43-47 cuaderno de primera instancia.

mediante contratos de prestación de servicio, hecho que no genera ninguna relación laboral con la entidad municipal, ni mucho el pago de prestaciones sociales a su favor.

c. La sentencia apelada³.

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Sincelejo profirió sentencia escrita el día 28 de septiembre de 2017, en la cual declaró probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la entidad, y declaró la nulidad parcial del acto acusado en cuanto a la negativa de pagar los aportes pensionales al demandante.

A título de restablecimiento del derecho, ordenó pagar a la demandante, a título de reparación del daño, los porcentajes de cotización correspondientes al empleador a pensión y salud, al igual que la totalidad de la cotización a la Caja de Compensación, causados dentro de los periodos en que estuvo vinculado a través de órdenes de prestación de servicios.

Argumentó el *A-quo* que se demostró la vinculación contractual de la demandante para los períodos de 1/2/1999 al 30/11/1999; del 1/2/2000 a 30/11/2000; del 1/2/2001 a 30/11/2001; del 1/2/2002 al 6/6/2002; del 7/6/2005 al 30/8/2002; del 13/1/2003 a 30/8/2003, como docente al servicio de instituciones educativas del Municipio de Sincelejo, quedando demostrada que en ese interregno prestó sus servicios como docente de manera personal y continua, sin que sea posible inferir que se trató de una relación ocasional, dado el carácter permanente de su vinculación, desarrollando labores que eran equivalentes a las efectuadas por los docentes de planta del ente demandado. Luego entonces, dicha actividad para la cual fue contratado el actor, es propia e inherente a la labor permanente relacionada con el servicio público de educación a cargo del municipio demandado, mediante los establecimientos educativos.

Por consiguiente, para el Juez de primera instancia, era evidente que la relación contractual que en principio fue contractual, en realidad era una de tipo laboral, configurándose la figura del contrato realidad, pues las labores que efectuaba el demandante eran iguales a las desplegadas por

3 Folios 127-135 cuaderno de primera instancia.

los docentes de plantas, de ahí que existiera subordinación, dependencia y permanencia en el cumplimiento de las actividades encomendadas.

En tal sentido, concluyó que el acto demandado estaba viciado de nulidad, sin embargo, sostuvo que para la fecha de terminación de la última orden de prestación de servicios – 30/8/2003 -, los derechos laborales que se causaron por la configuración de la teoría del contrato realidad, se encuentran prescritos, dado que la reclamación fue presentada el día 14 de diciembre de 2015, cuando habían transcurrido más de tres (3) años desde la finalización del vínculo contractual.

No obstante, esa prescripción no ocurre sobre los aportes a seguridad social (salud y pensión), que el empleador debe pagar en relación con el porcentaje que le corresponde, siendo su deber trasladarlos a las entidades de seguridad social a la que se encuentre afiliado el actor.

d. El recurso de apelación⁴.

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la parte demandada formuló recurso de apelación, solicitando su revocatoria, argumentando en primer lugar, que el demandante para tener derecho al pago de los aportes a pensión, debió reclamar tal derecho antes del año 2006, como quiera que el último contrato de prestación de servicios suscrito con el Municipio de Sincelejo acabó el 30 de agosto de 2003, de suerte que para la fecha en que solicitó el pago de los derechos prestacionales, había operado la caducidad de la declaratoria del contrato realidad, dando lugar a la imposibilidad de reconocer derecho laboral alguno.

En segundo punto, adujo que el pago de los aportes a pensión debe sujetarse a los parámetros previstos en la sentencia de unificación CE-SUJ N° 5 de 2016, proferida por el H. Consejo de Estado, aspecto que omitió el Juez en la providencia de alzada.

e. El trámite en segunda instancia.

El recurso de apelación fue admitido mediante auto del 10 de julio de 2018 (F. 4, c. 2). Con proveído del 22 de agosto de 2018, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio

⁴ Folios 99-101 cuaderno de primera instancia.

Público para que emitiera concepto (F. 8, c. 2), término dentro del cual solo se pronunció la parte demandada ratificando los argumentos expuestos en el recurso de alzada.

Por su parte, el Agente del Ministerio Público, no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

a. La competencia.

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 de la Ley 1437 de 2011.

b. Problema jurídico.

Para resolver la presente alzada, la Sala deberá establecer, si se encuentran prescrito o no los derechos prestacionales derivados de la configuración del contrato realidad, concretamente, los aportes a pensión, salud y cotización a cajas de compensación.

De ser negativa la respuesta del anterior cuestionamiento, determinar si es necesario que se encuentre acreditado el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensión, durante los períodos en que el demandante estuvo vinculado de manera contractual con el Municipio de Sincelejo, para efectos que la entidad demandada proceda a realizar los respectivos giros, a título de restablecimiento del derecho.

c. La prescripción de prestaciones sociales en materia de contrato realidad.

En materia de contrato realidad, demostrada la desnaturalización de la relación contractual bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios a partir de la materialización de los elementos de la relación de trabajo, para que proceda el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales causadas, debe verificarse sí se produce o no el fenómeno de prescripción sobre aquellas, cuyo término es de tres años contabilizados a partir de la finalización de la última vinculación, siempre que se demuestre la continuidad en el servicio, descartando esta tesis que dicho

fenómeno recaiga en el derecho a reclamar aportes pensionales derivados del contrato realidad.

Así lo sostuvo la máxima Corporación Contenciosa Administrativa en sentencia de unificación de CE-SUJ2 No. 5 de 2016, del 25 de agosto de 2016:

"(...)

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 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.

(...)

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).

(...)

Con fundamento en 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, se revocará el fallo de primera instancia y en su lugar (i) se decretará la nulidad de los actos administrativos demandados, en cuanto le negaron a la accionante el reconocimiento de la existencia de una relación laboral; (ii) se ordenará al ente territorial accionado tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1º de julio de 1986 y el 30 de diciembre de 1997, "salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización. (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, **y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora;** (iii) se declarará que el tiempo laborado por la demandante como maestra bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios con el municipio de Ciénaga de Oro, desde el 1º de julio de 1986 hasta el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales; y (iv) se negarán las pretensiones relacionadas con el pago de cesantías, primas de servicios y navidad; vacaciones, dotaciones y auxilio de transporte, por haber operado la prescripción trienal."

Resaltos de la Sala.

Considerando las reglas jurídicas señaladas en el precedente de unificación, las reclamaciones laborales que se deriven de la aplicación de la teoría del contrato realidad por celebración de contratos de prestaciones de servicios, deben ser realizadas dentro de los tres (3) años siguientes a la terminación del vínculo contractual – formal que se pretende desvirtuar, so pena que los derechos prestacionales que se deriven de ellas sean afectadas por ese fenómeno extintivo, salvo frente al tema de aportes pensionales como quiera que es un derecho imprescriptible, en vista a que se trata de un derecho mínimo e irrenunciable de causalidad periódica, es decir, que se genera mes a mes, por lo que se puede reclamar en cualquier momento, en virtud del principio de progresividad de los derechos derivados de la seguridad social.

Ahora bien, la Sala advierte que el pago de los aportes por concepto de pensión, debe ir con destino a la entidad administradora de fondos pensionales a la que éste afiliada la demandante, como quiera que son recursos de naturaleza parafiscal⁵ que pertenecen a un sistema general diseñado por el legislador para la seguridad social de los asociados a ese sistema, con la doble funcionalidad de financiar el sistema y beneficiar al interesado una vez cumpla los requisitos de ley para acceder a ese derecho. Por tanto, el giro de esos recursos como consecuencia de la declaratoria del contrato realidad, al mencionado sistema, tiene significativo impacto en lo que concierne al tiempo de servicio para efectos de acceso a ese beneficio prestacional.

De ahí la importancia de resaltar, que pese a que el pago de los aportes a pensión no está sujeto al fenómeno de la prescripción, deben ir con destino al Sistema constituido para tal fin, y no para el arca personal y patrimonial del ex contratista, pues en este evento busca un beneficio propiamente económico para él, sin que tenga incidencia en el cómputo del tiempo de servicio al momento de solicitar el derecho pensional.

⁵ Ver sentencia T – 480 de 1997: "(...) *El sistema de seguridad social en Colombia es, pudiéramos decir, mixto. Lo importante para el sistema es que los recursos lleguen y que se destinen a la función propia de la seguridad social. **Recursos que tienen el carácter de parafiscal.** Las cotizaciones que hacen los usuarios del sistema de salud, al igual que, como ya se dijo, toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional, son dineros públicos que las EPS y el Fondo de solidaridad y garantía administran sin que en ningún instante se confundan ni con el patrimonio de la EPS, ni con el presupuesto nacional o de entidades territoriales, porque no dependen de circunstancias distintas a la atención al afiliado. (...)*"

d. Solución del caso.

Aterrizando al *sub examine*, se observa que la parte recurrente manifiesta:

"Además debe observarse que la solicitud elevada por la demandante se hizo mucho tiempo después de finalizada su relación contractual con el Municipio de Sincelejo, superando los tres años que tenía para el reconocimiento de la configuración de un contrato realidad, por lo que una vez operado el fenómeno de la caducidad para la declaratoria de contrato realidad, y declarándose la misma como en el caso concreto, no debe dar lugar a reconocimiento laboral alguno como consecuencia de esa relación" (resalto de la Sala)

Sobre la particular afirmación, la Sala advierte que sobre la declaratoria de la teoría del contrato realidad y sus efectos respecto de los derechos prestacionales que se derivan de la misma, en materia contenciosa administrativa, no opera la caducidad en la medida que éste es un fenómeno procesal que se produce cuando el usuario acude a la administración de justicia, a través del ejercicio del derecho de acción, por fuera del término establecido por ordenamiento jurídico, trayendo consigo la imposibilidad de que los órganos jurisdiccionales avoquen conocimiento del asunto, y por tanto, se abstengan de impartirle el respectivo trámite. En tal sentido, la operancia de la caducidad no recae sobre el derecho pretendido, sino sobre la acción que estipula el ordenamiento procesal para la reclamación del derecho que solicita, de ahí que se mire tal fenómeno como una sanción procesal por acudir extemporáneamente a la administración de justicia.

Lo que opera sobre aquellos derechos, en asuntos ventilados ante esta jurisdicción, es el fenómeno de prescripción extintiva, que estriba en la consecuencia adversa que padece el titular del derecho, cuando los mismos no son reclamados dentro del lapso de tiempo previsto por el legislador, contabilizado a partir de su exigibilidad⁶.

⁶ Código Civil. ARTICULO 2535. 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.

Al efecto, los derechos prestacionales que emanan del servicio laboral público, deben reclamarse conforme los lineamientos del artículo 41 del Decreto Ley 3135 de 1968, que reza:

ARTÍCULO 41. 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.

En ese mismo sentido, el artículo 151 de C.P.T y S.S., predica:

ARTICULO 151. PRESCRIPCION. 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.

En ese orden de ideas, se tiene que la postura de la parte demandada, carece de asidero jurídico, pues, no debe predicarse la aplicación de la caducidad sobre la figura laboral pretendida por el actor, sino sobre el medio de control como mecanismo de acción para pretender tal derecho, aspecto sobre el cual no acontece aquella consecuencia procesal. Lo que sí debe examinarse sobre la teoría del contrato realidad, es la operancia de la prescripción de los derechos prestacionales que emanan de ella, hecho que a la luz de la sentencia de unificación atrás anunciada, debe efectuarse a partir de la última vinculación contractual, siempre que se traten de derechos que estén sometidos a esta sanción prescriptiva, salvo los aportes a pensión por su naturaleza de derecho imprescriptible.

Bajo esa óptica, la Sala considera que la providencia en alzada estuvo acorde con las reglas jurisprudenciales sobre la materia, pues, el estudio prescriptivo se hizo frente a las prestaciones que pueden afectarse por este fenómeno, cuya contabilización la realizó a partir del 30 de agosto de 2003, fecha en que finalizó la última relación contractual del actor con la administración municipal, considerando entonces que para la

fecha en que se radicó la reclamación (2015), habían transcurrido más de tres (3) años para su exigibilidad, siendo entonces procedente la declaratoria de prescripción sobre los derechos prestacionales solicitados, salvo los aportes a pensión.

Así entonces, infiere la Sala que el órgano de cierre estableció como regla jurídica respecto de los aportes pensionales causados como consecuencia de la declaratoria de la existencia del contrato realidad, que no operan los fenómenos jurídicos de prescripción ni caducidad, como quiera por tratarse de derechos fundamentales irrenunciables, tiene una mayor y efectiva protección de los derechos pensionales del reclamante.

Ahora bien, consideración especial merece el asunto relacionado con que si los aportes a salud y las cotizaciones a la respectiva Caja de Compensación Familiar, se circunscriben en aquellos derechos exentos de prescripción extintiva, según reglas jurisprudenciales de la señalada sentencia de unificación.

Pues bien, para dilucidar lo anterior, la Sala nuevamente transcribe las reglas jurisprudenciales sentadas en el fallo de unificación:

"3.5 Síntesis de la Sala. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionadas 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 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.”

Acorde con lo anterior, la Sala precisa que la regla jurisprudencial de unificación, únicamente exonera de prescripción extintiva los aportes de pensión con destino sistema de seguridad social, sin hacer mención o consideración especial y concreta frente a este mismo tópico sobre los aportes a salud y cotización a cajas de compensación, de ahí que deba entenderse que tales derechos no están regulados, para el caso, por la sentencia de unificación, luego entonces, es plausible que éstos sí padezcan de tal consecuencia extintiva.

Ahora bien, valga precisar que los aportes a salud con destino al sistema de seguridad social, como las cotizaciones a la Caja de Compensación, pese a que guardan relación con la relación laboral, no son catalogados por la jurisprudencia como imprescriptibles, por tanto, dada su naturaleza de contribuciones parafiscales⁷, es factible aplicar sobre éstos el término de prescripción del Estatuto Tributario previsto en el artículo 817, que reza:

*ARTÍCULO 817. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE COBRO. <Artículo modificado por el artículo 53 de la Ley 1739 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> La acción de cobro de las obligaciones fiscales, **prescribe en el término de cinco (5) años**, contados a partir de:*

- 1. La fecha de vencimiento del término para declarar, fijado por el Gobierno Nacional, para las declaraciones presentadas oportunamente.*
- 2. La fecha de presentación de la declaración, en el caso de las presentadas en forma extemporánea.*
- 3. La fecha de presentación de la declaración de corrección, en relación con los mayores valores.*
- 4. La fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo de determinación o discusión*

⁷ Ver sentencia del 26 de marzo de 2009, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera Ponente: Ligia López Díaz. Radicación: 25000-23-27-000-2002-C0422-01-162: "(...) Como lo ha señalado la Sala, estas cotizaciones son contribuciones parafiscales, pues se cobran de manera obligatoria a un determinado número de personas para una destinación específica: satisfacer las necesidades en salud de esos afiliados, por tanto, no pueden ser empleados para fines diferentes a la seguridad social, como expresamente lo señala el artículo 48 de la Carta Política, el cual no consagra ninguna excepción ni restricción. (...)”.

En ese línea, pese a que el cobro de aportes parafiscales con ocasión a la teoría del contrato realidad, no se subsume en los supuestos mencionados en la normativa señalada en precedencia, es plausible considerar que *mutatis mutandi* con el precedente de unificación sentado sobre la materia en cuanto a la exigibilidad del derecho, la cobranza que se haga de aquellos con destino a la entidad prestadora de salud del régimen contributivo y la caja de compensación, se hace exigible a partir de la finalización de la última vinculación contractual, de suerte que, desde este extremo temporal comenzaría la contabilización del término prescriptivo de cinco (5) años.

Siendo así, se advierte que en el *sub examine*, sí es factible que los aportes a salud y las cotizaciones a la Caja de Compensación Familiar, puedan prescribir, con la precisión que el término está sujeto a las previsiones del Estatuto Tributario por ser contribuciones parafiscales como se explicó, dejándose a salvo de los efectos de tal fenómeno los aportes a pensión, luego entonces, frente a estos dos tópicos debe declararse tal fenómeno como quiera su reclamación (cobro) se produjo en el año 2015, cuando ya había vencido el término de cinco (5) años para cobrarlos⁸, dando lugar entonces a que se modifique este aspecto de la sentencia en alzada.

De otro lado, en cuanto al inconformismo manifestado en el recurso, relacionado con que la entidad debe asumir el pago de los aportes en pensión, sin la acreditación por parte de la demandante de que tales pagos se efectuaron, y que dicho pago debe hacerse directamente al demandante, debe decirse que en la sentencia recurrida, se dejó sentado con suficiente claridad, en la parte resolutive, que el pago de los aportes a pensión de la que se favorece al demandante, debe ir directamente al sistema de seguridad social a través del fondo de pensiones a la que se encuentre afiliada, quedando proscrita la posibilidad de que estos pagos deben tener por destino el patrimonio particular del actor a través de la devolución directa de los aportes pagados.

En tal sentido, cuando en el numeral 3º de la parte resolutive del fallo en alzada, prevé que se reconozca y paguen los mencionados conceptos al parte demandante, debe entenderse que esa orden gravita en torno

⁸ Última vinculación 31/12/2003.

al giro de los recursos al sistema general de seguridad social en pensión, y no al peculio de la accionante.

Asimismo, la sentencia unificación es clara en cuanto a las condiciones para que proceda el giro de aquellos recursos, a saber:

Pese a lo anotado, en atención a que los aportes al sistema de seguridad social inciden en el derecho pensional, que es imprescriptible, tal como se explicó en precedencia, la accionada deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1° de julio de 1986 y el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora” (Subraya de la Sala).

Según la jurisprudencia en comento, existen tres condicionamientos para que se materialice el pago de los aportes al fondo de pensión: (i) acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual; (ii) en caso de no acontecer lo anterior, o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

De ahí que el *A quo* haya ordenado a la entidad demandada cancelar el porcentaje de la cotización en pensión a su cargo, y como en el presente caso la actora no logró demostrar que realizó tales aportes tendrá la carga de cancelar el porcentaje que le incumbía como trabajadora o si de haberlas realizado existiere una diferencia en su contra.

En ese orden de ideas, la Sala considera que la interpretación esbozada por la entidad recurrente se circunscribe únicamente a un apartado de la providencia de unificación en lo que tiene que ver con la acreditación de los pagos dentro del proceso, sin que haya hecho observación sobre la posibilidad de que no hubiese sucedido eso, la demandante podrá

pagar la totalidad en el porcentaje que corresponda, o de haberse hecho de manera incompleta, completarla en monto que corresponda.

Amén de lo expuesto, en conclusión, dando respuesta al planteamiento jurídico, no es necesario que el demandante hubiese acreditado al interior del proceso, el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensión, durante los períodos en que la demandante estuvo vinculado de manera contractual como el Municipio de Sincelejo, para efectos que la entidad demandada proceda a realizar los respectivos giros, a título de restablecimiento del derecho, puesto que la misma lo puede hacer al momento de solicitar el cumplimiento de la sentencia, o en caso de no haberse efectuado, debe asumir el pago que corresponda, tal como condicionó oportunamente la orden el Juez de primera grado.

En consecuencia, se desechan los argumentos de la entidad recurrente, y se procede a confirmar la sentencia en alzada en este punto.

III. **CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la prosperidad parcial del recurso, no se condenará en costas de segunda instancia. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

4. DECISIÓN

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

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 3º de la parte resolutive de la sentencia proferida del 28 de septiembre de 2017 por el **JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO**, en el sentido de excluir al Municipio de Sincelejo, de pagar a favor del demandante los aportes a salud con destino a la entidad de seguridad social a la que se encuentre afiliado, así como las cotizaciones

a la Caja de Compensación, como quiera que se encuentran prescritos, dejándose incólume la orden en cuanto al pago de los aportes a pensión causados en los periodos: del 1/2/1999 al 30/11/1999; del 1/2/2000 a 30/11/2000; del 1/2/2001 a 30/11/2001; del 1/2/2002 al 6/6/2002; del 7/6/2005 al 30/8/2002; del 13/1/2003 a 30/8/2003, los cuales deben ser girados a la entidad administradora de pensión a la que esté afiliado el actor, debidamente indexados mes a mes.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todas sus demás partes la sentencia en alzada, por las razones expuestas.

TERCERO: NO CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada por la prosperidad parcial del recurso de apelación.

CUARTO: 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 discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 14.

Notifíquese y cúmplase,

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

Magistrado ponente

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado

ANDRÉS MEDINA PINEDA

Magistrado