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:	**70-001-33-33-002-2016-00077-01**
DEMANDANTE:	**GERTRUDIS DEL PILAR PIMIENTA GÓMEZ**
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 12 de marzo de 2018, por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual resolvió conceder parcialmente las súplicas de la demanda**.**

I. ANTECEDENTES

a. La demanda[1]

La demandante **pretende** mediante el presente medio de control, que se declare la nulidad del oficio sin número de fecha 5 de enero de 2016, 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

[1] Folio 1 a 10 cuaderno principal

servicios prestados en la modalidad de contratos de prestación de servicios.

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 2 de febrero de 2001 hasta el día 14 de abril de 2004, 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:

La señora GERTRUDIS DEL PILAR PIMIENTA GÓMEZ, fue vinculada 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 a la señora PIMIENTA GÓMEZ en la modalidad de contratos de prestación de servicios, encubriendo en la realidad una verdadera relación laboral, como quiera que hubo en las actividades desempeñadas como docente: una prestación personal del servició, 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 merecedora de las prestaciones sociales que se causaron en el período en que estuvo vinculada en calidad de contratista.

El día 30 de diciembre de 2015, solicitó al Municipio de Sincelejo el pago de las prestaciones sociales, causadas con ocasión a la prestación de sus servicios como docente, siendo negada tal petición mediante oficio sin número de fecha 5 de enero de 2016.
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 de la 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 docente, 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 demanda[2].

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 la 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.

[2] Folios 73-77 cuaderno de primera instancia.

Asimismo, propuso la excepción de mérito de inexistencia de la relación laboral, explicando que la demandante siempre estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicio, hecho que no genera ninguna relación laboral con la entidad municipal, ni el el pago de prestaciones sociales a su favor.

c. La sentencia apelada[3].

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo profirió sentencia escrita el día 12 de marzo de 2018, en la cual declaró la nulidad parcial del acto acusado, y reconoció la existencia de una relación laboral entre la actora y el ente accionada, en los siguientes periodos: 1/2/2001 al 30/11/2001; 1/2/2002 al 30/11/2002; 1/2/2003 al 19/12/2003; y 1/2/2004 al 14/4/2004.

A título de restablecimiento del derecho, ordenó reconocer y pagar a favor de la demandante el valor equivalente a los aportes pensionales en el porcentaje que corresponda al Municipio de Sincelejo, atendiendo los honorarios pactados en cada uno de los contratos de prestación de servicios, los cuales tendrán efectos respecto de los derechos pensionales que con posterioridad se reclamen; sin embargo, advirtió que la actora debe acreditar las cotizaciones realizadas al sistema durante el vínculo contractual, y en la eventualidad de que las hubiere hecho o exista diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según sea el caso, el porcentaje que le incumbía como empleada.

Argumentó el *A-quo,* que se demostró la vinculación contractual de la demandante para los períodos /2001 al 30/11/2001; 1/2/2002 al 30/11/2002; 1/2/2003 al 19/12/2003; y 1/2/2004 al 14/4/2004, 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, recibiendo como contraprestación de la misma la respectiva remuneración.

Además, mencionó que en el caso de marras, es posible presumir la subordinación, como requisito importante de la relación laboral, toda vez que la actividad desempeñada requiere de cumplimiento de horarios de

3 Folios 127-135 cuaderno de primera instancia.

trabajo y acatamiento de órdenes de sus superiores, por lo que la labor como docente dista mucho de ser independiente. En tal sentido, el Juez consideró que es procedente la declaratoria de una relación laboral a partir de la figura del contrato realidad, porque más allá de la relación contractual de las partes, lo que realmente se predicó entre ellas fue un vínculo laboral con todos sus componentes, teniendo derecho a los emolumentos que surgen con ocasión de ese vínculo.

Sin embargo, *A-quo* estimó que en consideración a la sentencia de unificación del H. Consejo de Estado fechada el 25 de agosto de 2016, se encuentran prescritas las prestaciones derivadas del vínculo laboral que existió entre la accionante y el ente demandado, como quiera que su reclamación se produjo en el año 2015, cuando el plazo para hacerla vencía en el año 2007, esto es, dentro de los tres (3) años siguientes a la finalización del último vínculo con la entidad. Sin embargo, se exceptúa de esa consecuencia extintiva, los aportes a pensión por ser un derecho imprescriptible, de suerte que el restablecimiento del derecho se circunscribe únicamente a la existencia de la relación laboral y el respectivo giro de los aportes al sistema por concepto pensión.

d. El recurso de apelación[4].

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la parte demandada formuló recurso de apelación, solicitando su revocatoria, argumentando que el fallo no tuvo en cuenta los razonamientos de la sentencia de unificación del H. Consejo de Estado de fecha agosto 25 de 2016, expedida dentro del expediente con radicado Nº 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), en consideración a que se ordena la entidad asumir el pago de los aportes en pensión, sin que se acreditara en el proceso el pago de dicho concepto por la parte demandante.

En tal sentido, pide que no se condene a la demandada al pago de los aportes a pensión porque no se probó su efectivo pago en el interregno en que la actora estuvo vinculada en la modalidad de contrato de prestación de servicios, tal como lo prevé el anotado fallo de unificación.

También manifestó que así como está erigida la orden en el fallo impugnado, implicaría que la administración municipal asumiera una

[4] Folios 128 A 131 cuaderno de primera instancia.

conducta en la que puede incurrir en un posible doble pago de los aportes, dado que se establece que se pague el valor de los aportes al demandante, y por otra parte, se dice que esas cotizaciones tienen efecto respecto de cualquier derecho pensional que a futuro reclame el accionante. Por tanto, para efectos de evitar esa posible circunstancia, el pago de los aportes debe sujetarse al lineamiento establecido en mencionado fallo de unificación de fecha 25 de agosto de 2015.

e. El trámite en segunda instancia.

El recurso de apelación fue admitido mediante auto del 10 de julio de 2018 (F. 5, c. 2). Con proveído del 22 de agosto de 2018, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera concepto (F. 9, c. 2), término dentro del cual solo se pronunció la parte demandada manifestando que los derechos reclamados se encuentran prescitos (Fls. 12 a 13, c. 2).

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, dentro de los límites de competencia previsto en el artículo 328 del CGP, la Sala deberá establecer, si la forma en como fue ordenado el pago de los aportes a pensión, con ocasión a la configuración de la teoría del contrato realidad, se ajusta a los parámetros y reglas previstas en la sentencia de unificación CE-SUJ2 No. 5 de 2016, del 25 de agosto de 2016.

c. Del pago de aportes a pensión 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 último 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.

Ahora bien, no existiendo discusión en el presente asunto sobre la prescripción de los derechos prestacionales relacionados con la teoría del contrato realidad, salvo los aportes a pensión por su carácter imprescriptible, la Sala trae colación la sentencia de unificación de CE-SUJ2 No. 5 de 2016, del 25 de agosto de 2016, a efectos de identificar la forma en cómo debe efectuarse el pago de esos aportes:

"(…)

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:

(…)

*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.*

(…)

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 lo 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 1° 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 la postura de la jurisprudencia señalada en antecedencia, 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 parafiscal[5] 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 de la 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.

d. Solución del caso.

Aterrizando al *sub examine*, se tiene que la inconformidad de la entidad demandada radica en que el fallo de primera instancia no se ajusta a los parámetros establecidos en la providencia de unificación del H. Consejo de Estado en materia de prescripción de los derechos que surjan de la declaratoria de la figura de contrato realidad, pues se le ordena a la entidad asumir el pago de los aportes en pensión sin la acreditación por parte de la demandante de que tales pagos se efectuaron.

---

[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. (…)"*

Frente a lo anterior, la Sala advierte que la orden impartida por el *A-quo* está ceñida a las reglas jurídicas previstas en el precedente de unificación de la material, en razón a las siguientes consideraciones:

En primer lugar, en la sentencia recurrida, se dejó sentado con suficiente claridad que el pago de los aportes a pensión de la que se favorece a la demandante, debe ir directamente al sistema de seguridad social a través del fondo de pensiones a la que se encuentre afiliada, de suerte que no tienen como destino las arcas personales de la actora, por el contrario, lo que busca es beneficiar directamente su eventual derecho pensional, teniendo incidencia concretamente frente al requisito de tiempo de servicio exigido para acceder a tal prerrogativa, siendo éste su efecto útil, y no reposar los dineros que representan esos aportes en el patrimonio particular de la actora a través de la devolución directa. Bajo esta premisa, se descarta la posibilidad de un doble pago por tal concepto, que supone la entidad demandada que puede ocurrir.

En tal sentido, cuando en el numeral 3º de la parte resolutiva del fallo en alzada, prevé que se reconozca y paguen los mencionados conceptos a la parte demandante, debe entenderse que esa orden gravita en torno al giro de los recursos al sistema general de seguridad social en pensión, y no al peculio de la accionante, tal como lo estimó el *A-quo* en el acápite de la providencia que denominó *"síntesis"* a saber:

> *"(…)*
> *En síntesis:*
>
> *Se deben reconocer parcialmente las súplicas de la demanda, es decir aquellas que versan sobre* ***reconocer, liquidar y pagar las cotizaciones con destino al Sistema General de Pensiones y girarlos a la entidad que corresponda…"***

En segundo lugar, la sentencia de 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 el monto que corresponda.

Amén de lo expuesto, en conclusión, dando respuesta al planteamiento jurídico, no es necesario que la 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 vinculada 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.

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 no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada apelante, y a favor de la parte demandante. 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: **CONFIRMAR** la sentencia proferida del 12 de marzo de 2018 por el **JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO**, en consideración a lo expresado en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la entidad demandada apelante y a favor de la parte demandante. 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 discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta Nº 14.

Notifíquese y cúmplase,

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE
Magistrado ponente

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY
Magistrado

ANDRÉS MEDINA PINEDA
Magistrado