Cartagena de Indias D. T. y C., seis (6) de agosto de dos mil veinte (2020).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13001-33-33-008-2013-00089-01
Demandante:	Fanny Martínez Hoyos
Demandado:	Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique - CARDIQUE
Asunto	Contrato Realidad
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 10 de octubre de 2014 en el proceso de la referencia, mediante la cual el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena accedió a las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA (fs. 1-25)

a) Pretensiones: La Señora Fanny Martínez Hoyos, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., presentó demanda contra la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique - CARDIQUE, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

> "**PRIMERO:** Se sirva decretar la nulidad o revocatoria del acto administrativo contenido en el oficio No. 0005338 de fecha 25 de octubre de 2012, y recibido el día 29 del mes de octubre del año 2012, suscrito por el doctor OLAFF PUELLO CASTILLO, por medio del cual se da respuesta a la reclamación administrativa presentada por la señora FANNY MARTINEZ HOYOS , el día 24 del mes de octubre del año 2012, en la cual pidió, a LA CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE "CARDIQUE" el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, como cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios, prima de vacaciones, primas de navidad, prima técnica, vacaciones, aportes a pensión y salud, diferencias salariales dejados de pagar, devolución de la retención en la fuente, indemnización por despido sin justa causa.,
>
> **SEGUNDA:** Se sirva declarar que entre mi poderdante y la demandada existió una relación legal y reglamentaria irregular, y como consecuencia de ello, se le sirvan reconocer y cancelar a la señora FANNY MARTINEZ HOYOS, las prestaciones sociales, como son cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios, prima de vacaciones, primas de navidad, prima técnica, vacaciones, aportes a pensión y salud, diferencias salariales dejados de pagar, devolución de la retención en la fuente e indemnización por despido sin justa causa , causadas durante todo el tiempo en que estuvo vinculada a LA CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE (CARDIQUE), bajo la figura del contrato de prestación de servicios

directamente o por intermedios de cooperativas, por aplicación de la jurisprudencia del consejo de estado, sobre la fuente del reconocimiento de los derechos, que aquí se está solicitando, contenida en la sentencia del 17 de abril de 2008, de la Subsección "A" de la Sección Segunda, con ponencia del Consejero de Estado JAIME MORENO GARCIA, en donde se estableció que el reconocimiento de los derechos frente a casos como el que represento. no se hace ya a título de indemnización, sino, como lo que son el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio.

TERCERA: Que…CARDIQUE se sirva cancelarle a mi mandante, el valor de todas y cada uno de los conceptos reclamados, debidamente indexados, desde la fecha de su causación, hasta el momento en que efectivamente s e le cancelen, aplicando la fórmula establecida por el Consejo de Estado, sobre el particular.

CUARTA: Que…CARDIQUE se sirva reconocer y cancelar a mi mandante, la indemnización por despido sin justa causa, en los términos establecidos por el código sustantivo del trabajo, teniendo en cuenta el tiempo laborado y el último salario devengado por la señora FANNY MARTINEZ HOYOS.

QUINTA: Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a…CARDIQUE al pago de las costas y agencias en derecho de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A y C.C.A.

SEXTA: Que…CARDIQUE dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y siguientes del Nuevo de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

b) Hechos.

Para sustentar fácticamente la demanda, la accionante afirmó, en resumen, lo siguiente:

Fue vinculada a CARDIQUE y prestó sus servicios personales a través de contratos de prestación de servicios, desde el 1° de febrero de 2002, hasta el 6 de octubre del año 2003.

Algunos de los mencionados contratos fueron suscritos directamente con la demandada y otros a través de la Empresa Asociativa de Trabajo de Servicios Generales (EATSEGE).

Durante el tiempo que estuvo vinculada a la accionada, cumplió horarios de trabajo de 8:00 a.m. a 12:00 a.m. y de 2:00 p.m. a 6 p.m., recibía viáticos y gastos de transporte cuando desarrollaba sus labores por fuera de la jurisdicción del Distrito de Cartagena, de acuerdo con la escala de viáticos fijada para los empleados de la Corporación.

No podía ausentarse del lugar de trabajo sin la autorización de su jefe inmediato, a quien debía pedir permiso previo.

La prestación del servicio se dio de manera continua, laboró durante periodos en los que no tenía contrato ni orden de prestación de servicios, los cuales no superaban los 5 días; sin embargo, se veía obligada a ejercer sus labores habituales, razón por la cual no hubo interrupción en sus funciones.

Por lo anterior, durante el tiempo en que estuvo vinculada, se dieron los elemento necesarios para **que** se estructurara un contrato de trabajo tales como: subordinación, pues estuvo sometida al cumplimiento de horarios de trabajo, a las instrucciones de superior y a la entera disponibilidad de CARDIQUE, no actuaba por cuenta propia; prestación personal del servicio: ejecutaba en forma personal y directa las funciones señaladas en el contrato; es decir, prestaba sus servicios en actividades de servicios generales que se generan en el laboratorio regional de calidad ambiental de CARDIQUE, realizando todas las tareas inherentes a este tipo de servicios tales como aseo general de oficina, cuidado y riego de jardín, servicio de cafetería y demás afines con estas, funciones que realizó hasta el día de su desvinculación y recibía **u** salario.

La demandada nunca le canceló cesantías, intereses de cesantías, primas de servicio, primas de vacaciones, vacaciones, aportes a pensión y salud; conceptos a los que legalmente tenía derecho, por lo cual, además se causó la sanción moratoria, la cual se debe liquidar con base en el último salario devengado y se le hacía retenciones en la fuente, que afectaban el monto del salario devengado; y fue desvinculada sin indemnización por despido injusto.

El 24 de octubre de 2012 solicitó a la demandada el reconocimiento de la relación laboral, así como el reconocimiento y pago de los derechos derivados de la misma.

El 25 de octubre de 2012, mediante oficio No. 002338, la demandada denegó las solicitudes anteriores, argumentando que su vinculación estuvo basada en contratos de prestación de servicios profesionales.

Presentó solicitud de conciliación administrativa extrajudicial, la cual le correspondió el conocimiento a la Procuraduría 130 Judicial II para Asuntos Administrativos quien, luego de agotado el trámite legal, la declaró fallida y expidió la certificación de agotamiento del requisito de procedibilidad.

c). Normas violadas y concepto de la violación.

Constitución Política, artículos 53, 83 y 90; Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2; Ley 6ª de 1945; Código Sustantivo del Trabajo, artículo 127; Decreto 1045 de 1978; Ley 29 de 1989, artículos 9 y 10°; Ley 29 de 1989; Ley 70 de 1988; Decreto 3118

de 1968, artículo 33; Decreto 1453 de 1998 y Decreto Ley 1042 de 1948, articulo 52.

Explicó el concepto de la violación en los términos que se resumen:

En materia laboral debe primar la realidad sobre las formalidades, como lo establece el artículo 53 de la Constitución Política, de tal manera que una vez reunidos los requisitos del artículo 23 de del Código Sustantivo del Trabajo, existe entre las partes una relación de trabajo, independientemente de la forma o denominación distinta que se haya acordado, o de la apariencia que se haya consignado en el papel por los sujetos de la relación.

CARDIQUE violó el artículo 83 de la Constitución Política, el cual establece que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas, al ocultar una verdadera relación laboral mediante contratos de prestación de servicios y los celebrados con la precooperativa.

Violó igualmente el artículo 90 superior que establece que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, al inducir y patrocinar con su comportamiento que la demandante siguiese cumpliendo sus funciones, sin advertir que no estaba frente a un contrato de prestación de servicios, sino ante una relación laboral y al negarse a reconocer el pago de las prestaciones sociales solicitadas.

3.2. Contestación (fs. 53-89 C.1)

La Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique – CARDIQUE, se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando lo siguiente:

La negación de la petición de las prestaciones sociales no vulnera derecho alguno de la demandante, porque el acto atacado se fundó en la normativa vigente. No incurrió en irregularidades, incompetencias o desconocimiento de normas superiores y no actuó con dolo o mala fe.

No es cierto que haya disfrazado la vinculación de la demandante con los contratos de prestación de servicios y en el 2003 fue miembro de la EATSEGE. En el contrato que celebraron las partes quedó establecido que el contratista iba a desarrollar las tareas contratadas con plena autonomía e independencia, no requería la presencia permanente en la entidad, no se le exigió cumplimiento de horarios; se pactaron y pagaron honorarios, y el contratista se afilió y pagó los aportes a la seguridad social.

Agregó que el hecho de que la entidad contratante pactara y realizara supervisión y coordinación al contratista en cumplimiento del objeto contractual, no significa que se haya establecido el elemento subordinación y, por lo tanto, una relación laboral, que de hecho no existió.

La demandante forma parte de una Empresa Asociativa de Trabajo, cooperativa solidaria de trabajo denominada EATSEGE; por lo tanto, CARDIQUE no era su empleador, y como la demandante era una coasociada, cualquier reclamación laboral debe tramitarla ante dicha empresa.

Agregó que dentro de la planta de cargos de CARDIQUE no existía uno que tuviera las funciones realizadas por la demandante, por ello, se tuvo que contratar.

Manifestó que como la demandante dice haber estado vinculada a la entidad entre el 1° de febrero de 2002 hasta el 6 de octubre de 2003, debió reclamar dentro de los 3 años siguientes, pero solo lo hizo 8 años después, es ello es en octubre de 2012.

3.3. Sentencia de primera instancia (fs. 428-446)

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 10 de octubre de 2014, resolvió:

> **"PRIMERO:** DECLÁRASE LA NULIDAD del Oficio No. 0005338 de 2012, mediante el cual el director general de CARDIQUE, negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales solicitadas por la señora FANNY MARTINEZ HOYOS, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
>
> **SEGUNDO:** CONDENASE a la CORPORACIÓN ATUNOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE CARDIQUE, a título de reparación del daño, a reconocer y pagar a favor de la señora FANNY MARTINEZ HOYOS, las prestaciones sociales, tomando como base los honorarios contractuales, correspondientes a los períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, es decir, a partir del 1 de enero de 2002 hasta el 6 de octubre de 2003.
>
> **TERCERO:** CONDENASE a la Corporación Autónoma demandada a pagar a la demandante a título de Reparación del Daño, los porcentajes de cotización correspondientes a Pensión y Salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes durante el periodo acreditado que prestó sus servicios, dichas sumas serán ajustadas conforme quedó expuesto en la parte motiva.
>
> **CUARTO:** DECLÁRASE que el tiempo laborado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, se debe computar para efectos pensionales.
>
> **QUINTO:** Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en los artículos 192 y 193 CPACA.

SEPTIMO: Se condena en costas a la parte demandada de conformidad con el Art. 188 del CPACA, las cuales se liquidarán por secretaria.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia, expídase copia auténtica para su cumplimiento, haciéndose constar en la primera que presta mérito ejecutivo, devuélvanse los dineros sobrantes consignados para los gastos del proceso si los hubiere y archívese el expediente.".

Para sustentar las decisiones transcritas, el a quo manifestó lo siguiente:

Los contratos de prestación de servicios celebrados con la administración no dan lugar a un vínculo de trabajo y el consecuente reconocimiento y pago de prestaciones sociales, a menos que compruebe que a la luz de la mencionada figura se ocultó una verdadera relación laboral.

Manifestó que el análisis de los testimonios recaudados dan cuenta de: **i)** la prestación personal de los servicios de la demandante, en actividades de CARDIQUE, desde el 1 de enero de 2002 hasta el 6 de octubre de 2003. Es más, posteriormente fue nombrada en la planta de personal para las mismas labores, **ii)** el horario desarrollado por la demandante de manera continua dentro de la Entidad correspondía ordinariamente a 8 horas diarias, esto es, de 8 am. a 12 p.m., y de 2 a 6 p.m., de lunes a viernes, **iii)** del cumplimiento de sus funciones en igualdad de condiciones con los empleados de planta que desarrollaban las mismas labores; de hecho actualmente está vinculada en la planta de personal con las mismas funciones que cumplía como contratista **iv)** la supervisión permanente a la labor desarrollada por quienes fungían como coordinador el contrato, pero que en realidad era su jefe inmediato.

Agregó que en los periodos en que la actora prestó sus servicios se encuentra probada, además la contraprestación o retribución percibida por los mismos, que no existió ningún tipo de interrupción considerable en la prestación del servicio, lo que denota la permanencia y la necesidad de las labores que fueron desempeñadas por la actora en la institución.

3.4. Recurso de apelación (fs. 449-451)

El apoderado de la parte accionada manifestó que el A - Quo, en la providencia impugnada no se refirió a la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada, en desconocimiento del principio de congruencia que debe ser honrado por el operador judicial al momento de tomar la decisión de fondo, por lo que debió declarar probada la excepción de prescripción.

Señaló que el Consejo de Estado, en reiterada jurisprudencia, ha manifestado que, en contrato de prestación de servicios, si bien se mantiene la postura que es con la sentencia constitutiva, que comenzaría a contar el término de prescripción de los derechos laborales, el contratista debe reclamar la existencia de la relación laboral y demandar por vía judicial dentro de los 3 años siguientes a la desvinculación del vínculo laboral.

Transcribió en su apoyo la sentencia de la Subsección A, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que señala el término de prescripción cuando se reclaman derechos laborales derivado de un contrato realidad.

Finalmente, manifestó que en el evento de que no se revoque la sentencia por razón de la prescripción, debe tenerse en cuenta que la demandante no pudo demostrar mediante los testigos que haya existido el elemento subordinación; por el contrario, de la prueba documental y testimonial arrimada por parte de la demandada se demostró que lo que unió a las partes fue un contrato de prestación de servicios, el cual fue ejecutado por el contratista con autonomía e independencia, nunca bajo subordinación.

3.5. Actuación procesal en segunda instancia.

Mediante escrito de 7 de mayo de 2015 el Magistrado del Despacho 002 del Tribunal Administrativo – Dr. Luís Miguel Villalobos Álvarez -, se declaró impedido para conocer el asunto (f. 4 del Cuaderno de segunda instancia); por auto de 10 de julio de 2015 se aceptó el impedimento y se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante (f. 5 ibídem); y a través de auto de 30 de noviembre de 2015 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 8, ibídem).

La parte demandante y demandada no presentaron alegatos de conclusión, y el Agente del Ministerio Público no presentó concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuestos contra el fallo de primera instancia.

V.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia

Este Tribunal es competente para decidir el recurso de apelación contra el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena dentro del proceso de la referencia, por virtud del artículo 153 del C.P.A.C.A., el cual establece que las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos serán conocidos por los Tribunales Administrativos en segunda instancia, conforme a las reglas de competencia establecidas.

Delimitación de la competencia en segunda instancia.

Como la competencia del juez de segunda instancia se circunscribe en principio a estudiar y decidir los motivos de inconformidad del apelante frente al fallo de primera instancia, y en este caso cuestiona la decisión del A quo de no declarar prescripción de los derechos derivados del reconocimiento de una relación laboral, al amparo del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, **la eventual extinción de tales derechos por cuenta de la prescripción.**

El apelante manifestó, por otra parte, que en caso de que no sea revocada la sentencia por razón de la prescripción alegada, se debe tenerse en cuenta que la prueba documental y testimonial allegada al proceso demostró que lo que unió a las partes fue un contrato de prestación de servicios, el cual fue ejecutado por el contratista con autonomía e independencia, nunca bajo subordinación.

A juicio de la Sala, limitarse a afirmar que las pruebas arrimadas al proceso no demuestran la subordinación propia de la relación de trabajo sino la autonomía e independencia del contratista, constituye un incumplimiento a una carga mínima de explicar en el recurso de apelación los hechos y razones por los cuales considera errada la valoración y crítica de los documentos y testimonios efectuada por el juez, que lo llevaron a la convicción de que el servicio personal prestado por la demandante a la demandada tuvo carácter subordinado.

El hecho de que el demandante no adujo hecho o razón alguna en apoyo de su afirmación, impide que el juez pueda estudiarlas y pronunciarse sobre ella.

5.2 Problema Jurídico

Corresponde a la Sala establecer si los derechos derivados de la relación laboral entre la demandante y demandada, reconocida en la sentencia, se extinguieron por haber transcurridos tres años desde la terminación de la relación contractual sin que se hubieran reclamado administrativamente, en aplicación de los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848

de 1969, o si, por el contrario, resultan imprescriptibles por tratarse de derechos originados en la sentencia.

5.3 Tesis del Despacho

A juicio de la Sala, los derechos derivados de la relación laboral entre demandante y demandada se extinguieron por haber transcurrido más de tres años desde la terminación de dicha relación, salvo los relacionados con los derechos pensionales de la demandante, conforme lo ha establecido la sentencia de unificación proferida por la la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de 25 de agosto de 2016, la cual tiene carácter vinculante para este Tribunal. Por ello la Sala procederá a modificar la sentencia apelada.

5.5 Marco normativo y jurisprudencial - Sentencia de unificación jurisprudencial en torno a la prescripción de derechos derivados de un contrato realidad.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de 25 de agosto de 2016 (Sentencia de unificación jurisprudencial CESUJ2 No. 5), expresó lo siguiente:

> (…) **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.
>
> 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.

- Prescripción de los derechos derivados del reconocimiento del contrato realidad.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de 25 de agosto de 2016 (Sentencia de unificación jurisprudencial CESUJ2 No. 5), expresó lo siguiente:

(…) "Se itera, que el fenómeno jurídico de la prescripción encuentra sustento en el principio de la seguridad jurídica , en la medida en que busca impedir la perpetuidad de las reclamaciones referentes a reconocimientos de índole laboral, que pudieron quedar pendientes entre los extremos de la relación de trabajo al momento de su finalización, pues contrario sensu resultaría desproporcionada la situación en la que se permitiera que el trabajador exigiera de su empleador (o ex empleador) la cancelación de emolumentos que con el trascurrir de los años implicarían un desmedro excesivo del patrimonio de éste (en atención a las indemnizaciones o intereses moratorios que se podrían causar) y le impediría la conservación de los elementos probatorios tendientes a desvirtuar lo demandado.

Para efectos de dar aplicación a la prescripción trienal de que tratan los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, según los cuales el término prescriptivo ha de contabilizarse a partir del momento en que el derecho se hace exigible, resulta pertinente estudiar en las

controversias conocidas bajo el rótulo de contrato realidad desde cuándo ha de entenderse que el derecho es exigible.

Acerca de esta materia, las salas de decisión de la sección segunda de esta Corporación han sostenido tesis disímiles, a saber:

Con sentencia de 6 de septiembre de 2013 proferida en sede de tutela, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado estimó que la respectiva reclamación debe realizarse dentro de los tres años siguientes a la finalización del contrato so pena de declararse la prescripción de los derechos que se piden por la inactividad del solicitante .

Este criterio jurisprudencial fue reiterado con fallo de 9 de abril de 2014 , por la misma subsección A de la Sección Segunda, cuando al decidir una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, precisó que "…en efecto, se reitera que el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; también lo es que el particular debe reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de su relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama. Lo anterior quiere decir que si finiquitó la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan".

No obstante, un mes después, la Subsección B de esta Sección examinó el tema prescriptivo en relación con el "plazo razonable" con el que cuenta el interesado para solicitar la existencia del vínculo laboral y el correspondiente pago de los derechos laborales y, con base en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, que regulaba la figura del decaimiento de los actos administrativos, consideró como término oportuno para reclamar, cinco (5) años contados desde la terminación del último contrato, que se asimila al acto de retiro del servicio.

Empero, en providencia de 11 de marzo de 2016, la Subsección B de esta Sección se volvió a pronunciar sobre el asunto y explicó que "Una vez demostrada la relación laboral reclamada y de la cual, se persigue el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, surgiría la oportunidad para que se examine la procedencia del fenómeno extintivo de la prescripción, valga decir, la verificación de si la reclamación se efectuó dentro de los tres (3) años contados a partir de la finalización de la relación contractual, so pena de que prescriban los derechos prestacionales que se puedan derivar de la relación laboral" .

En lo concerniente al término prescriptivo, advierte la Sala que no cabe duda acerca de su fundamento normativo, es decir, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, según los cuales aquel lapso es de tres (3) años, que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, en razón a que lo que se reclama en este tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento de las prestaciones a que se tendría derecho si la Administración no hubiese utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral.

Respecto de la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el aludido interregno, es del caso interpretar los artículos 41 del Decreto 3135

de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en armonía con el mandato contenido en el artículo 12 (numeral 2) del convenio 95 de la OIT, de acuerdo con el cual los ajustes finales de los salarios debidos tienen lugar desde la terminación del nexo contractual con el empleador, por cuanto es desde ese momento en que se podrá demostrar que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral con el Estado (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación) y, en consecuencia, reclamar el pago de las prestaciones a las que tendría derecho de comprobarse ese vínculo, todo lo anterior en virtud de los principios de favorabilidad , irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales , así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social.

Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la "…primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales" (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador. (…)

Prescripción de los derechos pensionales

"(…) La Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del menciona fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales.

La interpretación precedente obedece a los siguientes mandatos superiores:

i) El derecho a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales (entre estos, el derecho a la pensión), que se orienta a que las prerrogativas reconocidas en las preceptivas que rigen la relación entre empleadores y trabajadores no se modifiquen en perjuicio de estos últimos, por cuanto tienen relación directa con el mejoramiento constante del nivel de vida y la dignidad humana.

ii) El principio in dubio pro operario, conforme al cual en caso de duda ha de prevalecer la interpretación normativa más favorable a los intereses del trabajador, premisa contenida tanto en el artículo 53 de la Constitución Política como en el 21 del Código Sustantivo del Trabajo.

iii) El derecho constitucional fundamental a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, en virtud del cual el Estado debe propender por un trato igualitario para todos aquellos que prestan (o han prestado) sus servicios al Estado bajo una verdadera relación laboral, cualquiera que sea su denominación (servidor público o contratista), a quienes habrá de protegerse especialmente la posibilidad de acceder a un derecho pensional.

iv) El principio de no regresividad, que implica el avance o desarrollo en el nivel de protección de los trabajadores, en armonía con el mandato de progresividad, que se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

En este orden de ideas, 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, 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.

(…) 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.

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.

La Sala acoge los criterios expuestos en la sentencia de unificación parcialmente transcrita, los cuales dan respuesta a los argumentos de las partes en el proceso acerca de la extinción de los derechos derivados de un contrato realidad, y con base en ellos decidirá el recurso bajo estudio.

5.6. Caso concreto.

5.6.1. Pruebas relevantes para decidir.

- Memorial recibido por CARDIQUE el 24 de octubre de 2012, por medio de la cual la demandante solicitó a la demandada el reconocimiento de la relación laboral y el pago de los derechos derivados de la misma (fs. 17-19, C1).

- Oficio No. 005338, suscrito por el Director General de CARDIQUE el 25 de octubre de 2012, mediante el cual denegó la reclamación anterior (fs. 20-25, C1).

- Certificación de 9 de febrero de 2012, mediante la cual la Secretaría General de CARDIQUE hace constar que entre el 1° de febrero de 2002 hasta el 6 de enero de 2004 la demandante estuvo vinculada mediante contratos con la demandada y la Empresa Asociativa de Trabajo, con el objeto de realizar actividades de servicios generales tales como aseo general en todas las áreas, cuidado y riego de jardín, servicio de cafetería para oficina y demás afines (Folios 39-40 del C1,).

5.6.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

De acuerdo con las pruebas allegadas al proceso y la sentencia de primera instancia, descritas previamente, entre la demandante y demandado se celebraron varios contratos de prestación de servicios entre el 1° de febrero de 2002 y el 6 de enero de 2004, cuya naturaleza el Juez A quo estimó desvirtuada en la sentencia de primera instancia, por lo cual reconoció que bajo dicha modalidad de contratación se ocultó una relación laboral. Esta decisión no fue objeto de recurso de apelación.

No obstante, no decidió de fondo sobre la excepción de prescripción extintiva de los derechos derivados de esa relación, por haber transcurrido más de tres (3) años entre la fecha de terminación del último contrato – 6 de octubre de 2003 -, y la fecha de reclamación administrativa correspondiente – 24 de octubre de 2012 (fs. 17-19).

Luego, en realidad transcurrieron más de 9 años entre esas fechas, razón por la cual, en aplicación de los criterios expuestos en la sentencia de unificación descrita en acápite anterior, prescribieron los derechos derivados de dicha relación, excluyendo los de naturaleza pensional, en atención a su condición periódica y a 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.

- Como el apelante afirmó que las pruebas documentales y testimoniales apreciadas por el Juez de primera instancia no demostraban el carácter subordinado de los servicios personales prestados por la demandante sino su autonomía e independencia, pero incumplió la carga mínima de explicar los hechos o razones en que funda su afirmación, pues no explicó en concreto los motivos por los cuales considera errada o insuficiente la valoración probatoria efectuada por el Juez, la Sala se abstendrá de estudiar dichas pruebas y declara que el demandante no desvirtuó el fundamento probatorio de la sentencia apelada, por lo cual la modificará, en el sentido de que si bien se reconoce la existencia de una relación laboral entre demandante y demandada durante el tiempo señalado en la demanda, se declarará la extinción de los derechos derivados de dicha relación, salvo los de naturaleza pensional, que se reconocen en los términos previstos en la jurisprudencia del Consejo de Estado comentada previamente.

Por lo anterior, la Sala modificará la sentencia, apelada.

5.7. Condena en costas en segunda instancia

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en

costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Como quiera que se accederá parcialmente a lo pedido por el apelante, en la medida en que se declarará que algunos derechos se han extinguido por cuenta de la prescripción, no se impondrán condenas en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: Modificar la sentencia apelada, la cual quedará así;

> "**PRIMERO:** DECLÁRASE LA NULIDAD del Oficio No. 0005338 de 2012, mediante el cual el director general de CARDIQUE, negó el reconocimiento de una relación laboral entre las partes.
>
> **c)** Declarar probado, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, que entre el 1° de febrero de 2002 y el 6 de enero de 2003existió entre las partes una relación laboral, conforme lo dicho en la parte motiva de esta sentencia.
>
> **d)** Se declara probada la excepción de prescripción extintiva de los derechos derivados de la relación laboral declarada, salvo los de naturaleza pensional.
>
> **e)** A título de restablecimiento del derecho, se ordena a la entidad demandada tomar, durante el tiempo comprendido entre el 1° de febrero de 2002 y el 6 de enero de 2003, 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, en armonía con lo dicho en la parte motiva.
>
> **f)** La entidad demandada hará la actualización sobre las sumas adeudadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) del CPACA, teniendo en cuenta los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula matemática adoptada por el Consejo de Estado, a saber:
>
> $$R = Rh. \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$
>
> **g)** La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del CPACA.

h) Declárase que el tiempo laborado por la demandante con la entidad demandada bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, durante el periodo descrito previamente, se debe computar para efectos pensionales.

i) Se deniegan las demás pretensiones de la demanda.

j) Sin condena en costas en primera instancia

SEGUNDO. Sin condena en costas en segunda instancia.

TERCERO. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS

EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ