

13-001-33-33-002-2013-00025-02

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-002-2013-00025-02
Demandante	AYDEE CAMACHO BERRIO
Demandado	DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS
Actuación	SENTENCIA DE 2º INSTANCIA
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Tema	CONTRATO REALIDAD/PRESCRIPCIÓN

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 29 de marzo del 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. Las pretensiones.

Solicita el actor en síntesis la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el oficio SED-2012-EE 3319 del 23 de abril del 2012, mediante el cual el Distrito de Cartagena, negó la existencia de la relación laboral y con ello el reconocimiento y pago de los derechos laborales durante el periodo del 17 de julio del 2000 al 15 de junio del 2004.

Además pretende a título de restablecimiento que se ordene la cancelación de las prestaciones sociales y acreencias laborales correspondientes al periodo del 17 de julio del 2000 al 15 de junio del 2004, tales como: primas de servicios legales y extralegales, vacaciones, cesantías e intereses a la cesantías, subsidio de alimentación y de transporte, calzado y uniformes y el reajuste salarial de los años 2000 a 2004, indemnización por mora en el pago del auxilio de cesantía.

1.2. Hechos.

Cuenta el actor en síntesis los siguientes:

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



- Fue vinculada al Distrito de Cartagena mediante las denominadas órdenes de prestación de servicios, en el mes de julio del 2000.
- Las funciones desempeñadas fueron las de Auxiliar de Servicios Generales de la Secretaria de Educación Distrital de Cartagena, cumpliendo horarios de ocho horas diarias de lunes a viernes.
- Fue desvinculada el 15 de junio del año 2004, con la justificación que su orden de servicio había terminado y no le iban a dar una nueva.
- Durante el tiempo de servicio (17 de julio del 2000 al 15 de julio del 2004), cumplió la labor de manera personal y directa, ininterrumpida sujeta a un horario de entrada y de salida, acatando órdenes del Secretario de Educación Distrital y de los rectores de las instituciones educativas.
- El Distrito de Cartagena nunca reconoció prestaciones sociales, ni dotación, ni subsidios de alimentación y transporte y tampoco los salarios propios de un Auxiliar de Servicios Generales.
- Presentó petición el 23 de marzo del 2012, solicitando el reconocimiento y pago de los derechos laborales aludidos y esta fue respondida negándoles los derechos mediante oficio SED-2012-EE 3319 de fecha 23 de abril del 2012.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Invoca como normas violadas las siguientes:

- Constitución política: artículo 53
- Ley 1437 de 2011: artículo 138
- Ley 80 de 1993: artículo 32.
- Decreto 1950 de 1973: artículo 7

Acusa el acto de falsa motivación en tanto parte de un supuesto errado al consagrar que no existió subordinación, pues la actora durante todo el tiempo estuvo bajo subordinación como quiera que recibía órdenes de superiores,

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



13-001-33-33-002-2013-00025-02

cumplió horario de trabajo y las actividades propias de una Auxiliar de Servicios Generales.

También le achaca expedición irregular por cuanto desconoce normas jurídicas como también la jurisprudencia existente frente al tema del contrato realidad.

1.4. La contestación

La demandada se opuso a las súplicas de la demanda en tanto concluyó que la falsa motivación formulada, la supuesta lesión de un derecho amparado en una norma jurídica y la expedición irregular quedan desvirtuados a la luz del contenido del artículo 32 de la ley 80 de 1993, que es la normativa que dio pábulo a la vinculación de la actora y en virtud de la cual no existe subordinación, ni reconocimiento de salario, ni pago de prestaciones sociales.

1.5. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia proferida el 29 de marzo del 2017, el Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, decretando la nulidad del acto administrativo demandado, pero decretando la prescripción de los derechos derivados del contrato realidad, salvo lo concerniente a los aportes por concepto de cotizaciones para pensión, los que ordenó trasladar al fondo de pensiones que la actora escoja para el efecto.

Previo a la decisión, aseguró que la labor realizada por AYDEE CAMACHO BERRIO no era independiente y autónoma, sino gobernada y vigilada por las autoridades de la entidad demandada, situación de la cual se consolidó una verdadera y auténtica relación de trabajo subordinada, prestada personalmente, cumpliendo una jornada laboral y percibiendo a cambio de sus servicios un contraprestación que, en términos de una verdadera vinculación laboral, constituía la remuneración salarial.

Sin embargo, pese a la conclusión anterior, refirió que no era posible reconocer las prestaciones laborales reclamadas por cuanto, a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado, opera la prescripción del derecho a reclamar la existencia del contrato realidad, dado que la reclamación administrativa se hizo en forma extemporánea y como quiera que la actora se demoró aproximadamente 7 años para pedir la existencia de la relación laboral,

13-001-33-33-002-2013-00025-02

omitiendo el termino prudencial de 3 años para reclamar dicho derecho señalado por la jurisprudencia reciente.

1.6. Recurso de apelación

El censor (Distrito de Cartagena) considera que erra en cuanto declara la prescripción solo respecto del derecho que le asiste al actor para obtener la declaratoria de la relación laboral y no frente a cualquier otro derecho laboral que tenga como causa el derecho prescrito.

Porque se ordena al ente territorial pagar aportes a pensiones pretermitiendo lo reglado en el artículo 7 de la ley 797 del 2003, que modificó el artículo 20 de la ley 100 de 1993, el cual en su inciso séptimo determina que la cancelación de los aportes para pensiones corresponde a los empleadores en un 75% y el otro 25% corresponde al empleado, lo que se olvidó en la sentencia pues se impuso el pago de los aportes únicamente a la parte demandada.

Porque se impuso el pago de los aportes, sin considerar la interrupción existente entre la ejecución y desarrollo de los distintos contratos de prestación de servicios.

Y porque conforme la ley 100 de 1993, artículo 17, modificado por el artículo 4 de la ley 797 de 2003, los contratistas del Distrito estaban obligados a cotizar para pensionarse, con lo cual se estaría haciendo una doble cotización para un mismo hecho.

1.7. Concepto del ministerio público.

En esta oportunidad, el Representante del Ministerio Público no emitió concepto.

II.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia sobre las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos de este circuito judicial.

2.2. Marco jurídico del recurso de apelación.

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

“Art. 320. Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: “*tantum devolutum quantum appellatum*”.

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem*, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una

13-001-33-33-002-2013-00025-02

sentencia, la constituye la garantía de la no reformatio in pejus, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

2.3. Problema jurídico.

Dados los límites establecidos en la censura, el estudio de la Sala se contraerá a determinar, si debe quebrarse la sentencia de primera instancia, en tanto no hizo extensiva la prescripción a los aportes para pensión.

Además se precisará lo atañadero a la condena al pago de los aportes para pensión.

2.4. Tesis.

La Sala darán argumentos para CONFIRMAR la prescripción en la medida de lo decretado por el *a quo*, y merced a las reglas de unificación impuestas por el Consejo de Estado; no obstante, MODIFICARÁ el resolutivo en lo que respecta a la orden de pago de aportes para pensión, pues evidentemente le asiste razón al censor en cuanto a los reparos sobre el particular.

2.5. Argumentación normativa y jurisprudencial.

De la prescripción.

En algún momento tuvo vigencia la tesis secundada por el Consejo de Estado que sostenía que, en casos como el del *sub lite*, la obligación solo surge desde la expedición de la sentencia que declaraba la existencia de la relación laboral — entendiéndose que era constitutiva del derecho —, razón por la cual no era procedente declarar la prescripción.

En ese entendimiento, de tiempo atrás, algunos despachos de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo interpretaron que, probada la existencia del contrato realidad, podía ordenarse el reconocimiento y pago de emolumentos laborales, así la reclamación ante la administración y la respectiva demanda se hubieran presentado muchos años después de la terminación del último vínculo contractual.

13-001-33-33-002-2013-00025-02

No obstante, en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 (radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-15) CE-SUJ2-005-16), que constituye precedente vinculante se señaló:

“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. (Negrillas y subrayas de la Sala)

Luego entonces, el criterio imperante en el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en materia laboral, indica que el fallo que declara la existencia del contrato realidad tiene el carácter de constitutivo, siempre que el interesado solicite el reconocimiento de sus derechos en los tres años siguientes a la terminación del vínculo contractual y acuda en término a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

No obstante, el mismo fallo precisó que no es dable aplicar la precitada regla 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 mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales.”*

13-001-33-33-002-2013-00025-02

Ahora bien, debe destacarse que, en casos como el de marras, al decir de la jurisprudencia¹, únicamente puede ser reconocida la relación laboral en los periodos efectivamente contratados y laborados.

Lo anterior dado que en la práctica, las vinculaciones a través de contratos de prestación de servicios con el Estado pueden ser sucesivas o interrumpidas, y al respecto explica el Consejo de Estado:

“Sucesivas: implican la suscripción de contratos de forma sucesiva, inmediata, sin que medie la suspensión del objeto o de las actividades contractuales en el tiempo, es decir, que su prestación es continua.

Interrumpidas: en tanto transcurre un lapso entre cada vinculación, a través de los contratos u órdenes de prestación de servicios.”

Acorde con lo anterior, el Juez de lo Contencioso Administrativo debe tener en cuenta que, si la vinculación fue sucesiva: los periodos a reconocer como relación laboral serán contabilizados desde la fecha de inicio y hasta la fecha de finalización, aun cuando hubiesen mediado múltiples contratos. Empero, si la vinculación fue interrumpida, la relación laboral únicamente puede reconocerse por los periodos efectivamente contratados o debidamente ejecutados.

Lo anterior cuando quiera que, conforme con la jurisprudencia unificada que viene de citarse, “los derechos prestacionales derivados del contrato realidad son pasibles de perderse por prescripción extintiva, esto es, por no reclamarse en la oportunidad que la Ley otorga para ese efecto”.

2.6. Caso concreto.

Así pues que, según la regla de unificación citada supra, la cual hace suya la Sala, no es dable aplicar la prescripción 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**

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia de 18 de julio de dos mil dieciocho. Radicación: 68001-23-33-000-2013-00689-01

13-001-33-33-002-2013-00025-02

salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales, luego es esa razón suficiente para decantar porque tuvo razón el *a quo* al no extender la prescripción a los aportes para pensión, concluyéndose que no incurrió en los yerros que predica la censura.

Respecto a las medidas de restablecimiento despachadas, alusivas al pago de aportes para pensión, encuentra asidero el reclamo, dado que la vinculación tuvo interrupciones (véanse los documentos que militan a folio 20 a 22 del primer cuaderno) y efectivamente el aporte a pensión no es de cargo total del empleador, según lo indica el artículo 20 de la ley 100 de 1993, modificado por la regla 7 de ley 797 de 2003².

Así las cosas, y en atención a que los aportes al sistema de seguridad social inciden en el derecho pensional, que es **imprescriptible** (tal cual se destacó líneas arriba), el demandado deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 17° de julio del 2000 y el 15 de junio del 2004, **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, el actor 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 trabajador.

2.7. Costas

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos previstos en el Código General del Proceso, que en el artículo 365 dispone:

“(...) En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

² “Los empleadores pagarán el 75% de la cotización total y los trabajadores el 25% restante”



13-001-33-33-002-2013-00025-02

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

Así las cosas, y dado que no se confirma en su totalidad la sentencia apelada, no se condenará en costas en la segunda instancia.

2.8. Decisión.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFÍCASE el inciso primero del numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia apelada, el cual quedará así:

“SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, ordénase al Distrito de Cartagena de Indias tomar (durante el tiempo comprendido entre el 17° de julio del 2000 y el 15 de junio de 2004, **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

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



13-001-33-33-002-2013-00025-02

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 trabajador, en armonía con lo dicho en la parte motiva."

SEGUNDO: CONFÍRMASE en todo lo demás la sentencia apelada por las razones expuestas.

TERCERO: Sin condena en costas en la instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha -

LOS MAGISTRADOS


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
(Ponente)


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

Firmado Por:

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 001 SIN SECCIONES DE BOLIVAR

13-001-33-33-002-2013-00025-02

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

f557eb2dce9505abf4a0e406a509bf237402dd31b7e2ab61e2a70b035276926

Documento generado en 12/08/2020 09:15:49 a.m.