



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja, 26 JUN 2019

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Aura Rosa Castiblanco Romero**
Demandado : **Municipio de Samacá**
Expediente : **15001-33-33-007-2013-00129-01**

Magistrado ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 10 de junio de 2016, por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Tunja que accedió a las pretensiones de la demanda. Lo anterior, en cumplimiento a la sentencia proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B, de fecha 15 de febrero de 2019.¹

I. ANTECEDENTES

Se concurre ante esta jurisdicción a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de obtener la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio del 21 de marzo de 2013 por medio del cual el municipio de Samacá negó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, cotizaciones a seguridad social y demás derechos laborales reclamados.

Se solicita que se declare que hay concurrencia de los tres elementos esenciales para la existencia de una relación laboral en el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2002 y el 31º de diciembre de 2012, en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, pide que se condene al municipio de Samacá al

¹ Sentencia de Tutela. No radicado 11001-03-15-000-2018-03555-01 adelantada por Aura Rosa Castiblanco Romeo.

pago de prestaciones sociales como primas de servicios, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, viáticos, subsidio de transporte, dotaciones, prima de alimentación y prima de navidad, así mismo, que se reintegren los valores cancelados por la demandante por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones. Finalmente, solicita que se indemnice el daño moral causado por la vinculación laboral de carácter irregular.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Indica que se desempeñó como secretaria – auxiliar administrativo en diferentes dependencias en la alcaldía de Samacá bajo continua y permanente subordinación, a cambio de una remuneración periódica, del 1º de febrero de 2002 al 31º de diciembre de 2012. Sin embargo, manifiesta que en el año 2006 no suscribió contrato de prestación de servicios directamente con el municipio sino por interpuesta persona, por cuanto la administración municipal solicitó que así se realizara.

Señala que durante todo el tiempo de vinculación nunca tuvo descansos ni vacaciones *“y demás derechos laborales que le permitieran disfrutar de un tiempo de esparcimiento con su familia, por el contrario bajo la zozobra e inestabilidad de su vinculación, debía aceptar laborar en días de descanso, horas fuera del servicio, firmar contratos u órdenes con fechas que la administración y el presupuesto determinara”*, así mismo, manifiesta que recibió capacitaciones y memorandos igual que los funcionarios de planta de la entidad.

Menciona la demandante que en algún momento, debido a la subordinación y continuidad de la labor realizada solicitó a la Administración y al Concejo Municipal estudiar la posibilidad de crear el cargo en carrera.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 15 de enero de 2015 en el que además se ordenó notificar a la entidad accionada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al agente del Ministerio Público (fls. 146-148); el día 28 de enero de 2015 la parte demandante presentó reforma a la demanda modificando el acápite de pruebas (fls. 151-180), siendo esta admitida mediante auto el día 5 de marzo de 2015 (fl. 182).

1. -Contestación de la demanda

El municipio de Samacá contestó la demanda (fls. 196-203) indicando que se opone a las pretensiones ya que carecen de respaldo jurídico y probatorio, considerando que el acto administrativo expedido se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico, por lo que no es procedente que se declare su nulidad.

Añade que los contratos celebrados entre la demandante y el municipio fueron de carácter temporal, heterogéneo y los servicios contratados no fueron siempre los mismos y *“que entre la terminación de un contrato y la celebración del siguiente llegaron a transcurrir meses e incluso años”*, por lo que no hubo subordinación ni continuidad.

Conforme con lo anterior, formula las excepciones de legalidad del acto demandado, inexistencia de subordinación en la ejecución contractual y prescripción extintiva de los derechos reclamados.

2. Audiencia inicial

El 11 de febrero de 2016 se realizó la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C. P. A. C. A. (fls. 289-295) en la que como puntos importantes se resalta que ante la excepción previa de prescripción consistente en que no hubo unidad de contratos por lo cual debe contarse el término prescriptivo de manera

independiente para cada uno, y que para el presente caso operó antes del mes de marzo de 2010, consideró el a quo que constituye una excepción de mérito que debía ser resuelta con la sentencia. Se fijó el litigio y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

3. Audiencia de pruebas

El 7 de abril de 2016 se realizó audiencia de pruebas (fl.585-589), en la cual se incorporaron y practicaron algunas de las decretadas; como no se logró recaudar la totalidad, se ordenó la suspensión de la audiencia para ser reanudada el día el 26 de abril de 2016 (fl. 606-613) donde se practicaron las restantes y se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento ordenando la presentación de alegatos de conclusión por escrito.

4. Alegatos de conclusión

El **municipio de Samacá** a través de apoderado reitera lo dicho en la contestación de la demanda y además señala que la contratación hecha con la demandante es una forma de acceder al servicio público y se encuentra conforme al artículo 32 numeral 3° de la Ley 80 de 1993, por lo que esta clase de contratos no generan relación laboral ni prestaciones sociales, así como tampoco es título para reclamar tratamiento de empleado público. En ese orden de ideas considera que no se logra establecer la existencia de los tres elementos del contrato de trabajo.

La **parte actora** reitera lo dicho en la demanda y en consecuencia solicita que se acceda a las pretensiones, así como que se tenga en cuenta el tiempo de vinculación para efectos pensionales. Solicita también que *“se declare la mala fe del municipio, en el sentido de utilizar figuras tendientes a evadir responsabilidades y disfrazar una verdadera relación laboral”*.

IV. FALLO RECURRIDO

El Juzgado Séptimo Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja mediante fallo proferido el 10 de junio de 2016 declaró que entre el municipio de Samacá y la señora Aura Rosa Castiblanco Romero existió una relación laboral durante el periodo comprendido entre 1º de febrero de 2001 y el 31º de diciembre de 2012, en consecuencia ordenó a título de restablecimiento del derecho que el municipio pague a la demandante las prestaciones sociales en un equivalente a las que percibían los empleados públicos para la época en que prestó sus servicios.

Señala que de acuerdo a la jurisprudencia, el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra subordinación o dependencia respecto del empleador y por lo tanto surgirá el derecho a pago de prestaciones sociales; asimismo, diferenció entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo, indicando que según la sentencia C – 154 de 1997 el trabajo subordinado se caracteriza por la actitud de la administración de impartir órdenes y fijar un horario para la prestación del servicio, de donde surge el derecho al pago de prestaciones sociales.

Con lo anterior, consideró que la demandante trabajó de forma continua bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios por lo que no se trata de un vínculo ocasional o esporádico, sino que es un contrato laboral por cuanto se evidencian los tres elementos para declarar la existencia de la relación laboral i) estuvo vinculada durante casi 10 años del 1º de febrero de 2002 al 31º de diciembre de 2012 (continuidad); ii) debía cumplir funciones en las que es evidente la inexistencia de autonomía (subordinación); y iii) de acuerdo a las *“actas de liquidación en las que señala el valor cancelado por el servicio”* se puede percibir que recibió un salario.

Señaló frente al reintegro de los valores cancelados por concepto de salud y de pensión, que los primeros no fueron demostrados al interior del proceso, y que en materia pensional solo aparecían reportados algunos periodos, por lo que

ordenó el reintegro únicamente de los soportados probatoriamente respecto a la cuota parte a cargo del empleador. Dispuso también el reintegro de los valores cancelados por concepto de impuestos y retención en la fuente sobre los contratos suscritos.

Negó el reconocimiento de perjuicios morales por no encontrarse acreditados, ordenó que se indexaran las sumas reconocidas, y resolvió negar la excepción de prescripción por encontrar que la demanda fue presentada dentro de los tres años siguientes a la terminación del último contrato.

Una vez notificado el fallo, la parte demandante presentó solicitud de aclaración, la cual fue resuelta en providencia de 12 de agosto de 2016 (fls. 655-658) rechazándola por improcedente.

V. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

El **municipio de Samacá** (fls. 648-653) indica que de acuerdo con las pruebas aportadas dentro del proceso se evidencia la ausencia del elemento subordinación, de manera que el fallo contraviene el principio de “necesidad de las pruebas” como quiera que se realizó un análisis de ese elemento de la relación laboral pero no se tuvieron en cuenta las declaraciones rendidas por Ana Rosalba Castiblanco y Jeny Paola Rodríguez, ésta última testigo de la parte demandante, que indicaron que no se cumplía horario y que no existía subordinación, sino que se ejecutaban las actividades descritas en la orden de servicios sin que existiera dependencia colaborando con todo lo que había que hacer en la oficina.

Con lo anterior señala que de acuerdo con el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a los contratos realidad, es deber de la parte actora acreditar en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral.

Como segundo argumento de la apelación, afirma que el término prescriptivo debe contarse desde que la obligación se hace exigible, es decir, desde la

terminación del vínculo contractual y no desde la sentencia. Igualmente, que debe entenderse que existe un nuevo vínculo laboral siempre que medie más de 15 días en la interrupción de la prescripción de un servicio, teniendo esta regla una excepción para el sector educativo donde se entenderá que la relación se prestó sin solución de continuidad cuando el docente o empleado estuvo vinculado el último día antes del receso escolar y el siguiente contrato inició, como máximo 15 días después del retorno a las actividades académicas.

La **parte actora** presentó recurso de apelación fuera del término, por ende, no fue tenido en cuenta.

VI. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Declarada fallida la audiencia de conciliación de que trata el inciso 4° del artículo 192 del C. P. A. C. A., el *a quo* concedió para ante esta Corporación los recursos de apelación interpuestos (fl. 671-672); en providencia de 18 de abril de 2017 (fl. 680) se admitió únicamente el presentado por el municipio de Samacá, al determinarse que el presentado por la parte actora fue interpuesto de manera extemporánea.

Mediante proveído de 30 de junio de 2017 se abstuvo el despacho de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, corriendo traslado para alegar de conclusión (fl.687), oportunidad que transcurrió sin pronunciamiento de las partes.

VII. CONSIDERACIONES

1. -Problema jurídico

Deberá la Sala establecer si tal como lo plantea el apelante en virtud de las actividades desarrolladas por la demandante, con ocasión de los contratos de prestación de servicios ejecutados en los años 2002 a 2012, no se configuraron

los elementos propios de una relación laboral, y por ello no había lugar a dar aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

En esa medida, la Sala abordará los siguientes tópicos: (i) El contrato realidad y su desarrollo jurisprudencial; (ii) el término de prescripción y momento desde el cual se inicia su cómputo y, (iii) el caso concreto.

2. –El contrato realidad y su desarrollo jurisprudencial

El tema del contrato realidad ha generado importantes debates judiciales. Uno de ellos se dio con ocasión del examen de exequibilidad que realizó la Corte Constitucional al numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público. Después de realizar precisiones constitucionales en materia de contratación estatal, de definir las características del contrato de prestación de servicios y de establecer las diferencias con el contrato de trabajo, la Corte estableció que el ejercicio de tal potestad es ajustado a la Carta Política, siempre y cuando la administración no la utilice para ocultar la existencia de una verdadera relación laboral personal subordinada y dependiente².

El máximo órgano de cierre en materia de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 8 de junio de 2017, Exp.: 05001233100020110114101 (3604-2015) determinó que:

“la aludida modalidad contractual de prestación de servicio permanecerá inmutable, en la medida que el contratista goce plenamente de autonomía y liberalidad en la ejecución del objeto contractual, de tal suerte que, podrá desnaturalizarse el contrato de prestación de servicios en la medida que el contratista lleve a cabo las actividades contractuales de manera subordinada”.

Conforme a lo anterior³ se reiteró la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, como

² Corte Constitucional. Sentencia C-154-97 M.P. Hernando Herrera Vergara.

³ Consejo de Estado- Sentencia del 23 de junio de 2005. Exp No. 0245, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante

son **la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.**

Así las cosas, se concluye que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

Por el contrario, existirá una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993, cuando: *a)* se pacte la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública; *b)* el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada; *c)* se le paguen honorarios por los servicios prestados; y *d)* la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena indicar que debe ser entendida a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los demás servidores públicos.

3. –Término de prescripción y momento desde el cual se inicia su cómputo

En primer lugar, se debe señalar que la prescripción es un fenómeno jurídico que afecta la facultad que se tiene frente al ejercicio de un derecho. El Código Civil en el artículo 2512 la define como “... *un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales*”.

La norma transcrita, discrimina dos tipos de prescripción: la adquisitiva y la **extintiva**. Frente a esta última, consagra que *“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”* (art. 2535).

Ahora bien, frente al tema que convoca a la Sala, se resalta que mediante el Decreto 3135 de 1968 se previó la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se reguló el régimen prestacional de los empleados públicos y los trabajadores oficiales. Y sobre la figura en cuestión, en su artículo 41 se dispuso:

“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” (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Posteriormente, dicha preceptiva fue reglamentada por el Decreto 1848 de 1969, que en su artículo 102 precisó:

“Artículo 102°.- Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, **prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.**

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual” (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Este conjunto de normas ha tenido la virtualidad de suscitar todo un debate al interior de la jurisdicción, dadas las variables de interpretación de las que puede ser objeto.

22

En efecto en Consejo de Estado en sentencia de tutela del 4 de febrero de 2016 C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Exp. 11001-03-15-000-2014-01611-01(AC) identificó cuatro momentos, criterios o posiciones en lo que concierne al tema de la prescripción al señalar:

“ (...) se identifican cuatro momentos, criterios o posiciones en lo que concierne a la jurisprudencia del Consejo de Estado frente al tema de la prescripción en el contrato realidad: (i) la prescripción trienal se cuenta desde terminación de último contrato de prestación de servicios; (ii) la prescripción trienal se cuenta desde la sentencia constitutiva de la relación laboral; (iii) la prescripción trienal se cuenta desde la sentencia declarativa, pero el contratista debe reclamar sus derechos a la administración dentro de los 3 años siguientes a la terminación del último contrato; (iv) la prescripción trienal se cuenta desde la sentencia declarativa, pero el contratista debe reclamar sus derechos a la administración dentro de los 5 años siguientes a la terminación del último contrato”..

Y precisó más adelante:

“De los argumentos esbozados en precedencia, la Sala extrae las siguientes subreglas, que determinaran la solución del caso concreto, y servirán de pauta para los demás casos que conozca:

- Conforme con la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Segunda de la Corporación, dictada el 19 de febrero de 2009⁴ (C. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez), la prescripción trienal de los derechos surgidos de la relación laboral se cuenta desde la ejecutoria de la sentencia que la declara, pues solo a partir de ese momento es posible predicar su exigibilidad.
- En esa providencia se estudió el caso de una persona que reclamó, ante la administración, el reconocimiento de la relación laboral y los derechos derivados, dentro de los 3 años siguientes a la culminación del último vínculo contractual respecto del que pretendían que se declarara el contrato realidad.
- En casi todos los casos en los que el Consejo de Estado aplicó la tesis de la sentencia de unificación sobre prescripción trienal en el contrato realidad, tanto en fallos de nulidad y restablecimiento del derecho como de tutela, los demandantes habían efectuado el respectivo reclamo dentro de los 3 años siguientes a la terminación del último vínculo contractual. Solo en contadas ocasiones, y por razones que después fueron revaluadas, la Corporación accedió a las pretensiones de las demandas pese a la extemporaneidad de la reclamación administrativa.
- En la actualidad, al interior de la Corporación, existe consenso en cuanto a que la mencionada sentencia de unificación no constituye pleno precedente para quienes reclamaron ante la administración por fuera del término prescriptivo. Bajo esa égida, se ha diferenciado entre la prescripción de los derechos derivados de la sentencia que declara el contrato realidad y la

⁴ Consejo de Estado, sentencia de 19 de febrero de 2009, C. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, expediente No. 73001-23-31-000-2000-03449-01, nulidad y restablecimiento del derecho.

prescripción del derecho a solicitar que se declare el contrato realidad. La jurisprudencia de este Alto Tribunal ha precisado que la sentencia de unificación se refiere al primero de estos eventos y que, por lo tanto, lo allí señalado no exime al contratista del deber de presentar su reclamo oportunamente.

- La prescripción del derecho a solicitar que se declare la existencia de la relación laboral **ha sido objeto de un cambiante desarrollo jurisprudencial**, que vino a ser objeto de estudio por parte de la Corporación en providencias dictadas a finales del 2013, en el trámite de acciones de tutela, cuyas tesis fueron acogidas en posteriores pronunciamientos de nulidad y restablecimiento del derecho proferidos a comienzos de 2014.
- **El término prescriptivo para la reclamación administrativa fue establecido en 3 años**, en armonía con lo normado en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y el 102 del Decreto 1848 de 1969. **No obstante, en sentencia de 8 de mayo de 2014**⁵ –C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (E)–, la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado **sostuvo que como el decaimiento de los actos administrativos se produce en 5 años, en un plano de igualdad entre la administración y el ciudadano, la prescripción para reclamar el contrato realidad debería ser de 5 años. Ahora bien, debe aclararse que no se trata de una tesis consolidada y uniforme, pues, como se explicó en el acápite 2.5.3., en otro fallo de la misma fecha y Subsección se habló también tal tradicional término de 3 años.**

(...)

- Las sentencias de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y de la Sala Plena de sus Secciones constituyen precedente vinculante sobre el tema que traten, así como también las que, a pesar de no encuadrar en lo anterior, se ubican dentro de una línea que ha sido pacífica uniforme y reiterada. Bajo esas premisas, por regla general, **el juez –unipersonal y colegiado– debe sujetarse al estado de la jurisprudencia al momento de adoptar su decisión y aplicar el precedente vinculante**⁶, si lo hay”. (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Ahora bien, en este tema esta Corporación⁷ ha acogido el criterio prescriptivo de tres años respecto de la reclamación administrativa para solicitar la declaratoria del contrato realidad, conforme al Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, apartándose del criterio de cinco años plasmado por el Consejo de Estado en sentencia del 8 de mayo de 2014, en el entendido que extinción de derechos derivada de la prescripción, es un asunto

⁵ Consejo de Estado, sentencia de 8 de mayo de 2014, C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (E), expediente No. 08001-23-31-000-2012-02445-01.

⁶ Sin perjuicio del respeto debido al precedente de la Corte Constitucional, como intérprete de la Constitución Política.

⁷ Tribunal Administrativo de Boyacá sentencia del 24 de julio de 2015 M.P. Fabio Iván Afanador García. Exp. 150013333009201300087-01.Sentencia del 16 de diciembre de 2014 M.P. Félix Alberto Rodríguez Riveros. Exp 15238333300120130067-01

de reserva exclusiva del legislador, aunado a que tal y como lo señaló la Alta Corporación dicha tesis no es del todo consolidada y uniforme.

Respecto del momento desde el cual debe iniciarse el cómputo del término de prescripción, tratándose de contratos de prestación de servicios diferentes, éste debe contarse a la finalización de cada contrato por tratarse de pretensiones distintas; dicho de otra forma, el reconocimiento de cada contrato de trabajo debe ser tomado en principio como pretensión individual, y analizando cada situación contractual, se habrá de determinar si existe o no una acumulación de pretensiones.

La única situación que puede originar que el término prescriptivo para todos los contratos se cuente desde la finalización del último (cuando concurren varios) es que entre ellos no medie solución de continuidad, figura que según lo establecido en el artículo 45 del Decreto 1042 de 1978, surge cuando transcurren no más de quince días hábiles de interrupción en el servicio. Una interpretación de dicha norma lleva a la conclusión que cuando la interrupción de la prestación de un servicio dura más de quince días, se está hablando de una nueva relación laboral diferente a la primigenia.

La aplicación del Decreto 1042 de 1978 se fundamenta en este caso particular, en razón a que dicha norma regula las prestaciones sociales de los empleados públicos, siendo precisamente el reconocimiento de esas prestaciones lo pretendido por la demandante.

El criterio expuesto con anterioridad encuentra su cimiento jurisprudencial en la sentencia que a continuación se cita:

“(…) el ordenamiento jurídico ha entendido que existe solución de continuidad en la prestación del servicio cuando medien más de quince días hábiles de interrupción en el servicio. De suerte que, admitiendo que dichas disposiciones fueran aplicables a las cesantías, por analogía, según el mandato del artículo 8 de la Ley 153 de 1887, no sería dable entender que se está en presencia de una sola relación laboral pues, se reitera, la actora dejó de prestar sus servicios por más de quince días hábiles. Probado como está que la actora tuvo dos relaciones laborales, la primera del 1 de marzo de 1974 al 31 de

diciembre de 1979 y la segunda a partir del 8 de febrero de 1980, es forzoso concluir que los actos impugnados se ajustan a derecho porque, como ya se dijo, los tiempos no podían computarse para efectos de la liquidación de las cesantías definitivas y el pago de la indemnización por supresión de cargo sino que debía partirse del último vínculo laboral, que inició el 8 de febrero de 1980”⁸.

Así las cosas, atendiendo a que lo decidido frente a la prescripción es objeto de reproche en el recurso de apelación, su posible configuración en los términos acá expuestos, será objeto de análisis en el caso concreto.

4. El examen de la cuestión a la luz de los reparos del apelante

El objeto de litigio gira en torno en la posible configuración de una relación laboral, en atención a que la demandante fue contratada bajo sucesivas órdenes de prestación de servicios, para desempeñar funciones al interior de la alcaldía del municipio de Samacá, presuntamente relacionadas con las correspondientes a un auxiliar administrativo (labores de secretariado), que sobrepasaron el objeto contractual determinado en los contratos por los que fue vinculada, y que implicaron su subordinación ante quienes ostentan cargos directivos al interior de dicha entidad.

En sentencia de primera instancia se accedió a las pretensiones declarando que al encontrarse probado que la demandante cumplió funciones de recepción y envío de correspondencia, organización de archivos, elaboración de notas, atención al público, entre otras, por un lapso superior a 10 años, podían deducirse de allí los componentes de existencia de una relación laboral, indicando sobre la prescripción que al presentarse la reclamación dentro de los tres años siguientes a la terminación del último contrato, la misma no se configuraba respecto a ninguno de los emolumentos pretendidos. La anterior decisión fue apelada bajo dos argumentos, a los cuales se limita el estudio de la presente providencia: (i) la inexistencia de subordinación como elemento indispensable de una relación laboral; y (ii) la configuración de la prescripción.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”. Fallo de 19 de junio de 2008, Radicación 680001-23-15-000-2000-02560-01 (1066-07).

En cuanto a la inexistencia de subordinación, funda su afirmación el recurrente en no haberse tenido en cuenta dos testimonios practicados como prueba al interior del presente proceso, en los cuales se manifestó que las funciones desempeñadas por la demandante no se ejecutaron bajo ningún tipo de subordinación, sino que era independiente en su realización.

Sobre el punto, basta con afirmar que el juez dentro del ejercicio de revisión del acervo probatorio bajo los principios de la sana crítica, no se encuentra limitado al resultado de una prueba específica, y ante medios de prueba con resultados contrarios no hay lugar a dar, per se, un mayor valor a una u otra prueba, sino que el resultado de la decisión, dependerá siempre del análisis que en conjunto se realice, de la totalidad de pruebas obrantes sobre un mismo asunto y con arreglo a la sana crítica (art. 176 del C. G. P.)

De manera que la afirmación de dos testigos no es prueba suficiente para demostrar o para descartar el elemento de subordinación, más aún, cuando no es el único medio de prueba obrante en el proceso sobre ese aspecto, y aunque puede constituir un defecto de la sentencia el no estudiar las pruebas que se refieren a un punto específico de la controversia jurídica, tal situación no se presentó en el presente caso, pues como se evidencia a folios 640 a 642 del expediente, los testimonios referidos en el recurso de apelación sí fueron objeto de estudio en el fallo impugnado, valorándolos razonablemente el a quo en ejercicio de su autonomía para darles un sentido distinto del que pretende atribuirle el apelante.

Es menester precisar, que para que pueda configurarse un defecto fáctico en una providencia, por deficiencias probatorias, se exige la existencia de una omisión judicial arbitraria, irracional o caprichosa⁹, lo que en el presente caso no ocurrió, según se ha precisado

⁹ Corte Constitucional, sentencia T – 117 de 2013

Ahora bien, aparte del señalamiento de no haberse tenido en cuenta las citadas declaraciones, el recurrente no hace ningún tipo de argumentación jurídica sobre el porqué resulta errada la valoración probatoria realizada por el a quo para concluir que entre las partes existió subordinación, y se limita a afirmar que tal elemento se encuentra descartado por el resultado de la prueba testimonial, por lo que las razones expuestas sobre valoración probatoria serían suficientes para resolver negativamente ese argumento de apelación; sin embargo, es importante resaltar que en efecto obran en el expediente más pruebas que dan cuenta de existencia de este elemento en la relación sostenida por las partes entre los años 2002 a 2012.

Ciertamente, de acuerdo al material probatorio obrante en el expediente, se puede establecer que hubo una relación de subordinación entre la señora Aura Rosa Castiblanco Romero y la Administración Municipal de Samacá, puesto que su vínculo se extendió por más de 10 años; debía cumplir funciones señaladas por un jefe inmediato como atención al público, recepción y radicación de correspondencia, organización de archivo, entre otras; debía pedir permiso para ausentarse de su lugar de trabajo, todo lo cual es muestra de la falta de independencia, elemento característico de la relación contractual cuyo proceder contrario en el ejercicio de funciones es la subordinación, debiendo entonces negarse la apelación frente a este punto.

En cuanto al segundo de los argumentos de impugnación (configuración de la prescripción), al estar determinado que la reclamación de reconocimiento de existencia de la relación laboral se presentó dentro de los tres años siguientes a la terminación del último contrato (pues tal definición no fue objeto de controversia), es claro que sobre el mismo no opera la prescripción de ninguna suma, faltando el estudio de si tal situación se presenta respecto a la totalidad de los contratos celebrados, atendiendo las consideraciones ya expuestas sobre la solución de continuidad.

La relación laboral declarada por el a quo, y que se confirma en el presente fallo, comprende el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2002 y el 31º de diciembre de 2012, durante el cual se celebraron entre las partes más de 28 órdenes sucesivas de prestación de servicios, existiendo entre algunas de ellas, una interrupción superior a 15 días; en cuanto a la interrupción del término de prescripción, ella se dio con la presentación por parte de la demandante de la solicitud para el reconocimiento de la relación laboral ante la administración el 1º de marzo de 2013.

De manera que corresponde determinar en qué periodos entre el 1º de marzo de 2013 y 1º de marzo de 2010, se presentaron interrupciones superiores a 15 días, y hasta qué momento, contando atrás en el tiempo, se presentó continuidad en los contratos, para determinar así si existen periodos prescritos.

Así las cosas, se encuentra que el contrato vigente en el límite del término de prescripción, fue el suscrito el 18 de enero de 2010 para ser ejecutado hasta el 18 de junio de ese año (fls. 269-271); y el anterior a éste fue el adicional No.1 al contrato 101 de 16 de junio de 2009, suscrito el 17 de diciembre de 2009 para ser ejecutado dentro de los 15 días siguientes a su suscripción (fl. 267), de manera que entre la suscripción de uno y otro contrato se superó el término establecido en el artículo 45 del Decreto 1042 de 1978 existiendo entonces solución de continuidad, debiendo, en consecuencia, declararse la prescripción de toda suma generada con anterioridad al 18 de enero de 2010, razón por la cual el fallo impugnado será modificado en este aspecto.

Se establece así que en el año 2009 terminó una relación jurídica que debió ser reprochada en su momento, debiendo declararse, como se dijo, la prescripción de los montos generados con anterioridad al 18 de enero de 2010, **salvo en lo concerniente a los aportes al sistema de seguridad social en pensiones dada su imprescriptibilidad, y de cuyo análisis se ocupará la Sala en acápite siguiente.**

- De la imprescriptibilidad de los aportes a pensión

Pese a que la Sala ha decidido declarar la prescripción respecto de los montos generados con anterioridad al 18 de enero de 2010, no sucede lo mismo con los aportes para pensión, pues los beneficios mínimos laborales y que garantizan la dignidad humana, entre los que se encuentra el derecho a la pensión, son irrenunciables, e imprescriptibles.

Además, dichos aportes, por ser periódicos y causarse día a día pueden ser solicitados en cualquier época, a diferencia de las prestaciones sociales y salariales, que al ser devengadas por una sola vez, es dable aplicarles el fenómeno de la prescripción extintiva.¹⁰

Al efecto, debe tenerse en cuenta lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia del 25 de agosto de 2016, en la que indicó:

“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)¹¹, 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”.

Ahora bien, respecto de los aportes del empleador, en virtud del artículo 4° de la Ley 797 de 2003, durante la vigencia del contrato de prestación de servicios el contratista debía cotizar al Sistema General de Pensiones. No obstante prevé el artículo 22 de la Ley 100 de 1993:

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER. Sentencia del veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016) No radicado: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16. Actor: LUCINDA MARÍA CORDERO CAUSIL. Demandado: MUNICIPIO DE CIÉNAGA DE ORO (CÓRDOBA)

¹¹ “Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:
I. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

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

(...)”.

"Obligaciones del empleador. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el gobierno. El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador."

En consecuencia, aun cuando hubiese operado el fenómeno de la prescripción de los montos reclamados con anterioridad al 18 de enero de 2010 por cuanto la demandante no ejerció la reclamación oportuna, **no implica per se que los derechos pensionales también lo estén**, toda vez que estos últimos son imprescriptibles de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política.

Entonces, se ordenará al municipio de Samacá, tomar el ingreso base de cotización pensional de la demandante mes a mes (desde el 1 de febrero de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2012), y si existía 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. A su vez, como solo cotizará la suma faltante, el restante lo devolverá a la demandante, **pero solo con respecto a las cotizaciones hechas desde el 18 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2012**, pues respecto del tiempo anterior ha operado la prescripción, tal y como se argumentará más adelante.

Para cumplir con dicha orden, el municipio deberá tener en cuenta:

- El tiempo comprendido entre el 1 de febrero de 2002 al 31 de diciembre de 2012, salvo sus interrupciones.
- El IBC se establecerá mes a mes, teniendo en cuenta los honorarios pactados en cada contrato.
- La demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema en vigencia de 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 caso de que la entidad territorial determine que no existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, deberá devolver el monto aportado por este, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador y por el término comprendido entre el 18 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2012, pues respecto del tiempo anterior ha operado la prescripción. Así lo indica el Consejo de Estado, en el pronunciamiento de tutela al cual se le está dando cumplimiento en la presente providencia:

“Cosa distinta sucede en relación con la devolución de los dineros que a título de aportes al sistema de seguridad social le correspondía efectuar al municipio de Samacá y que fueron sufragados por la tutelante durante la ejecución de los contratos de prestación de servicios, frente a lo cual sí opera el fenómeno prescriptivo, puesto que, como se dijo en la sentencia de unificación, *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 incidente al momento de liquidarse el monto pensional*”¹².

5. -Costas y agencias en derecho

En el asunto *sub examine* no hay lugar a condenar en costas ni en agencias en derecho de conformidad con lo consagrado en el numeral 5º del artículo 365 del C. G. P., como quiera que el recurso de apelación prosperó parcialmente.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala de Decisión No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

¹² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B. Sentencia del 15 de febrero de 2019. No radicado 11001 03 15 000 2018 03555 01, adelantada por Aura Rosa Castiblanco Romero

FALLA

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Tunja de fecha 10 de junio de 2016, en los siguientes términos:

PRIMERO: Declarar probada la excepción de prescripción formulada por la entidad demandada, respecto de las sumas generadas con anterioridad al 18 de enero de 2010, **salvo en lo concerniente a los aportes al sistema de seguridad social el pensiones dada su imprescriptibilidad.**

SEGUNDO: Declarar probada la excepción de prescripción respecto de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes a pensión hechos por el trabajador como contratista, con anterioridad al 18 de enero de 2010.

SEGUNDO: MODIFICAR los numerales **tercero** y **quinto** de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Tunja de fecha 10 de junio de 2016, que quedarán así:

“**TERCERO.-** A título de restablecimiento del derecho, se ordena al municipio de Samacá a pagar a la actora el equivalente a las prestaciones sociales que percibían los empleados públicos durante el periodo comprendido entre el 18 de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2012, tomando como base el valor pactado en cada uno de los contratos que suscribió con la entidad territorial”.

“**QUINTO.** Ordenar al municipio de Samacá, en caso de existir diferencia entre los aportes realizados por la demandante como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, y solo en el porcentaje que le correspondía como empleador por el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2012. El restante lo devolverá a la demandante, pero solo respecto de las sumas cotizadas desde el 18 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2012, pues respecto del tiempo anterior ha operado la prescripción”.

En caso de no existir diferencia, el municipio de Samacá devolverá a la demandante los aportes realizados como contratista respecto del periodo comprendido entre el 18 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2012, por lo ya expuesto.

TERCERO. CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Tunja de fecha 10 de junio de 2016.

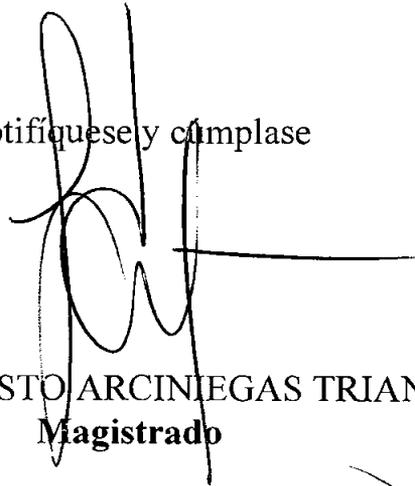
CUARTO. Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

QUINTO. Por secretaría comuníquese y remítase copia de la presente decisión al Consejo de Estado para que obre dentro del expediente de tutela No 11001 03 15 000 2018 03555 01, adelantada por Aura Rosa Castiblanco Romero. Lo anterior, con el fin de acreditar cumplimiento de la orden allí impartida.

SEXTO. Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al juzgado de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase



LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado



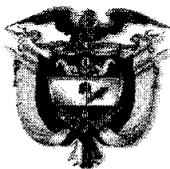
CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

Se la va para adelante



JOSÉ ASCENSION FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 108 de hoy 2 2019
EL SECRETARIO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
SALA DE DECISIÓN No. 2
ACLARACION PARCIAL DE VOTO
Magistrada: Dra. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ

Tunja, junio veintisiete (27) de dos mil diecinueve (2019)

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: Aura Rosa Castiblanco Moreno

Demandado: Municipio de Samacá

Radicación: Expediente No. 150012333007-2013-00129-01

Con la debida consideración aclarar mi voto respecto del numeral 5º modificado en la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, en lo que se refiere a la devolución de aportes en favor de la actora.

En primer lugar, me permito señalar que la sentencia de tutela proferida el 15 de febrero de 2019 C.P. Doctor Carmelo Perdomo Cueter, mediante la cual se ordenó rehacer la sentencia, en materia de la devolución de aportes pagados en exceso por la parte demandante ordenó referirse a “la aplicación del fenómeno prescriptivo a la devolución de los dineros pagados por la tutelante al sistema de seguridad social (...) en atención a las consideraciones que sobre el particular se hicieron en líneas anteriores...” (fl. 165 vto.) En líneas anteriores precisó al respecto que la sentencia de unificación concluyó que la devolución de aportes estaba sujeta a prescripción.

Vista la petición que dio lugar a esta demanda y que obra a folios 16 y 17, observo que la entonces peticionaria solicitó que se reconocieran las prestaciones sociales y derechos laborales en virtud de relación laboral con el municipio demandado por el lapso comprendido entre el 1º de febrero de 2002 y el 31 de diciembre de 2012. Por lo demás pidió copia de los contratos suscritos por el mencionado tiempo y “Se expida por Tesorería, certificación de todos los descuentos efectuados por el municipio en virtud de los contratos de prestación de servicios, desde el 1 de febrero de 2002 al 31 de diciembre de 2012, señalando montos y por que concepto.” (fl. 17)

En respuesta a la anterior petición se expidió el Oficio de 21 de marzo de 2013 (fls. 7 y 8) en el que se negó el pago de prestaciones sociales y derechos laborales y se expidió la certificación solicitada, como se observa a folio 20.

Al demandar solicitó que “se reintegre los valores cancelados por mi poderdante por concepto de aportes al sistema de seguridad social salud, pensiones, igualmente que se reintegre el valor ilegalmente descontado por concepto de retención en la fuentes y demás tributos recaudados, con ocasión de la irregular vinculación.” (fls. 6 y 7)

Como se advierte a primera vista, la actora **nunca pidió a la entidad demanda la devolución de aportes pagados por seguridad social**, en tales condiciones la pretensión que formuló la demanda ameritaba un pronunciamiento inhibitorio por falta de agotamiento del procedimiento administrativo, en consecuencia, resultaba innecesario examinar si había operado o no fenómeno prescriptivo respecto de la devolución de aportes.

Sin embargo, en tanto la sentencia de tutela ordenó pronunciarse al respecto, debo precisar que, en materia de prescripción por devolución de aportes, tal como lo ha señalado la Sección Cuarta del Consejo de Estado, la prescripción que se aplica es de cinco (5) años. En efecto, se lee en la sentencia proferida el 5 de mayo de 2016, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas Radicación número: 63001-23-31-000-2010-00351-01(19938), Actor: COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO GESTION EMPRESARIAL:

“La Sala encuentra acertada la decisión del tribunal de rechazar la devolución, de las sumas respecto de las encontró probada la existencia de situaciones jurídicas consolidadas, sin embargo, debe precisar el monto de las sumas que deben ser devueltas.

Para los anteriores efectos, es del caso advertir que tratándose de la devolución de pagos en exceso o de lo no debido originados en el cumplimiento de obligaciones fiscales correspondientes a tributos administrados por la DIAN o por las entidades territoriales, la petición puede presentarse dentro del plazo de prescripción de cinco años de la acción ejecutiva prevista en el artículo 2536 del Código Civil¹, antes por disposición del Decreto 1000 de 1997, hoy del Decreto 2277 de 2012.

¹ ARTICULO 2536. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN EJECUTIVA Y ORDINARIA. Artículo modificado por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002. El nuevo texto es el siguiente: La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10).

La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5).

Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término.

En las sentencias citadas en el pie de página 9 se dijo que “(...) esta claro que tratándose de ejercer el derecho a devolución de pagos en exceso o de lo no debido, si bien no existe en la normatividad tributaria nacional disposición alguna que señale el término dentro del cual debe formularse la solicitud respectiva, se ha entendido que dicho término es el previsto para la prescripción de la acción ejecutiva de que tratan los artículos 2535 y 2536 del Código Civil; y precisamente por ello el Decreto 1000 de 1997 “por el cual se reglamenta parcialmente el procedimiento de las devoluciones y compensaciones”, dispuso en sus artículos 11 y 21, que las solicitudes de devolución o compensación por pagos en exceso o de lo no debido “deberán presentarse dentro del término de prescripción de la acción ejecutiva, establecido en el artículo 2536 del Código Civil”, esto es dentro del término de diez años”.

Para los efectos de la devolución de pagos en exceso o de lo no debido de aportes parafiscales no existe una regla especial, como existe para las obligaciones antes referidas. Ante ese vacío normativo, lo pertinente es que se aplique el término previsto en el artículo 2536 del Código Civil.

En un caso análogo al que ahora se estudia, la Sala² interpretó el artículo 93 del Decreto 2388 de 1979³, que reglamentó las Leyes 75 de 1968, 27 de 1974 y 7 de 1979. Esta norma regula la posibilidad de que los mayores valores aportados al ICBF, por error, por patronos y entidades, se abonen a futuras causaciones. También prevé la posibilidad de que se reintegren los valores pagados en exceso. Sin embargo, para efectos del reintegro, no precisa el plazo en que hay que presentarse la solicitud.

La Sala precisó que el artículo 93 del Decreto 2388 de 1979 estableció un plazo de tres meses para que los patronos y entidades soliciten los abonos a futuras causaciones de los mayores valores pagados por concepto de aportes parafiscales; pero no estableció un plazo para pedir la devolución efectiva de tales valores. Por lo tanto, en lo que respecta al plazo para pedir la devolución de los mayores valores pagados, la Sala concluyó que es pertinente aplicar el plazo de prescripción de la acción ejecutiva establecido en el artículo 2536 del Código Civil⁴, que antes de la expedición de la Ley 791 de 2002 era de diez años y, que a partir de su promulgación pasó a ser de cinco años.

La Sala también precisó que el ICBF se pronunció en el mismo sentido, mediante el Concepto 160 del 10 de diciembre de 2013⁵.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Bogotá D. C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciséis (2016). radicación: 25000-23-27-000-2011-00288-01(19736). Actor: Indega s.a. Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

³ "Artículo 93. Los mayores valores aportados por patronos y entidades por error en su liquidación, se abonarán a futuras causaciones, previa la presentación de los recibos de consignación o documento probatorio del error. Cuando excedan los aportes de un (1) año, el ICBF reintegrará el exceso, si el patrono lo solicita; en caso contrario, lo abonará a aportes futuros, si es solicitado dentro de los tres (3) meses siguientes al año en el cual se causaron". (Se subraya).

⁴ "Art.2536. La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10). La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5). Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término".

⁵ "De acuerdo con lo anterior se advierte que el plazo de prescripción aplicable es el previsto en el artículo 2536 del C.C., conforme al cual la acción ejecutiva prescribe en 20 años, disposición que fue modificada por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002 y (sic) estableció dicho término en 5 años.

Es así, que para determinar si el término para presentar la solicitud de devolución se encuentra prescrito debe establecerse cuál de las normas antes mencionadas resulte aplicable al caso. Para definir tal controversia es necesario remitirse a lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 153 de 1887 que dispone: (...)

Con lo expuesto, tenemos que en materia tributaria en el repertorio normativo tradicional tampoco existe un término específico para solicitar la devolución del pago, y por ende el Consejo de Estado acudió analógicamente a la prescripción de la acción de cobro para determinar el tiempo en el cual los contribuyentes podrán realizar el cobro o solicitud de la devolución (...)

En conclusión y conforme a los principios, normas y precedentes judiciales enumerados a lo largo del escrito, consideramos que los aportantes podrán pedir la devolución de un mayor valor pagado o del pago de lo no debido dentro de los 5 años siguientes a haberse hecho el aporte parafiscal, siempre y cuando se logre determinar que en el caso de los mayores valores, se pagó en exceso, y en el pago de lo no debido, se realizó el aporte no estando obligado a ello".

Aclaración parcial

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: Aura Rosa Castiblanco Moreno

Demandado: Municipio de Samacá

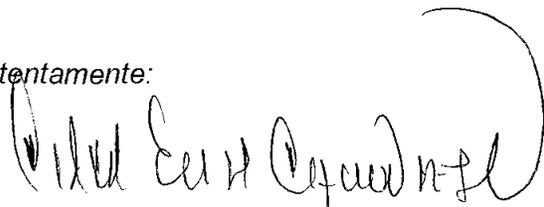
Radicación: Expediente No. 150012333007-2013-00129-01

En consecuencia, en esta oportunidad, se reitera que el término aplicable para pedir la devolución de los mayores valores pagados por concepto de aportes parafiscales, es el previsto en el artículo 2536 del Código Civil, que para este caso, es de cinco años, pues la actora solicitó la devolución en vigencia de la Ley 791 de 2002...” (Resaltado fuera de texto)

En estas condiciones, aunque como señalé, a mi juicio, la decisión frente a esta pretensión, debió ser inhibitoria, lo cierto es que, al accederse, como se hizo en la sentencia, tenía que aplicarse un término prescriptivo de cinco años y no de tres, como si se tratara de una obligación de carácter laboral.

Entonces, en gracia de discusión, aceptando que la petición presentada el 1º de marzo de 2013, suspendió la prescripción para solicitar la devolución de aportes indebidamente pagados por concepto de aportes a la seguridad social, tendría que haberse ordenado tal devolución por el período comprendido entre el 1º de marzo de 2008 – cinco años atrás - y el 31 de diciembre de 2012 - fecha en que culminó el último contrato-.

Atentamente:



CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ

Magistrada