



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA  
Relatoria

**CONTRATO REALIDAD/ TRABAJADORES OFICIALES/ ...**”Acorde a lo anterior, encuentra la Sala plenamente demostrada la prestación de servicios por parte del demandante a favor del Departamento de Boyacá, en los cargos aludidos, desarrollando trabajos correspondientes a la atención y mantenimiento de obras públicas; labores que de acuerdo a la documental aportada corresponden a los trabajadores de planta de la entidad demandada, como quedó señalado en cada uno de los contratos suscritos, de los cuales además se puede establecer que no se suscribieron para desarrollar actividades excepcionales o accidentales a las funciones propias de la entidad territorial, pues las mismas se contrataron de forma permanente y continúa, por un término superior a los 3 años. De igual forma, se logró demostrar que las labores no se ejecutaron de forma autónoma e independiente, encontrándose el actor subordinado a la demandada, pues quedó asentado que le imponía el cumplimiento de un horario, le asignaba las actividades a realizar y le entregaba los elementos necesarios para su labor. Sin embargo con la sola prestación del servicio, como en efecto se probó, surgía la presunción legal del contrato de trabajo, no desvirtuado por el Departamento...”

**CONTRATO LABORAL / EXTREMOS LABORALES...**”En consecuencia y acorde al principio de la primacía de la realidad se concluye que el vínculo que unió a las partes fue de carácter laboral, como lo indicó el a-quo. Sin embargo difiere esta Corporación de los extremos laborales reconocidos, los cuales conforme a la prueba documental allegada dan certeza de que la relación se desarrolló del **3 de febrero de 2012 al 2 de enero de 2013 y del 4 de marzo de 2013 al 12 de noviembre de 2015**. Se desestima la prestación del servicio entre el **3 de enero de 2013 y el 3 de marzo** de ese año, dado el amplio lapso que transcurrió, lo cual NO permite no dar credibilidad a la prueba testimonial al respecto...”

**CONTRATO LABORAL/ PRESCRIPCIÓN...**”encuentra la Sala que efectivamente al momento de contestar la demanda dentro del capítulo concerniente a las excepciones previas se incluyó la denominada “*Prescripción del derecho sin que implique reconocimiento de las pretensiones*” (Fl.237), sobre la cual se pronunció el a - quo en la audiencia reglada por el artículo 77 del CPT en donde la declaró improcedente, señalando que al existir discusión frente a los extremos de la relación laboral no es posible fallarla como previa. (Fl.251). Debe entonces esta Corporación recordar que la excepción de prescripción tiene el carácter de mixta, pues si bien su naturaleza es claramente perentoria ya que ataca el derecho reclamado, la ley laboral permite que se proponga como previa cuando no existe discusión sobre la exigibilidad de la pretensión, como se consagra en el artículo 32 del CPT.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO  
JUDICIAL DE TUNJA**



## **SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: JULIO ENRIQUE MOGOLLÓN GONZÁLEZ**

### **AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO (ORALIDAD)**

En Tunja (Boyacá), a los **VEINTISEIS (26)** días del mes de **SEPTIEMBRE** de dos mil dieciocho (2018), siendo las **3:15 P.M.**, día y hora previamente señalados, el suscrito Magistrado en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión, se constituye en audiencia pública con el fin de resolver el grado jurisdiccional de consulta y la apelación presentada por las partes en contra de la sentencia de fecha 26 de octubre de 2017, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Tunja. Se registra la asistencia de \_\_\_\_\_, y se les concede el uso de la palabra para que se procedan a su identificación.

**(YA SE RECIBIERON ALEGATOS DE LAS DOS PARTES)**

**FALLO:**

#### **I-. EL LITIGIO:**

FABIAN YAIR ACEVEDO RINCÓN convocó a juicio al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, con el propósito de que se declare la existencia de una relación laboral propia de los trabajadores oficiales, durante el periodo comprendido entre el 3 de febrero de 2012 y el 12 de noviembre de 2015, la cual fue terminada de forma unilateral e injusta por el empleador, desplegando una actuación de mala fe encaminada a menoscabar los derechos laborales y prestacionales del trabajador. En consecuencia requiere se le condene a al pago de los derechos salariales, prestacionales e indemnizatorios derivados de la citada relación. (Fls. 164-181)

El DEPARTAMENTO DE BOYACÁ dio contestación a la demanda oponiéndose a la totalidad de pretensiones impetradas en su contra, por carecer de fundamento fáctico y jurídico.

Propuso como excepciones previas las que denominó: “Inexistencia de la relación legal y reglamentaria”, “Inexistencia de la obligación- Cobro de lo no debido”, “Inexistencia del derecho reclamado y no configuración del supuesto contrato realidad invocado por el convocante”, “Prescripción del derecho sin que implique reconocimiento de las pretensiones” y “Buena fe” (Fls.216-241)

## **II-. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Tunja en audiencia celebrada el 26 de octubre de 2017, resolvió “42:54:

**“PRIMERO:** DECLARAR que existió contrato de trabajo entre el demandante FABIÁN YAIR ACEVEDO RINCÓN como trabajador y el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ como empleador con vigencia entre el 3 de febrero de 2012 hasta el 12 de noviembre 2015, cuya terminación fue por vencimiento del término pactado por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

**SEGUNDO:** CONDENAR al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ a pagar a favor del demandante FABIÁN YAIR ACEVEDO RINCÓN la suma de \$24.127.974 por concepto de salarios, cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de Navidad vacaciones junto con la indexación de la suma antes citada a partir del 12 de noviembre 2015 y hasta la fecha en que quede ejecutoriada esta sentencia, y a partir de esta última fecha se procederá el reconocimiento de intereses moratorios hasta que efectivamente se haga el pago de las acreencias laborales y de seguridad social adeudadas al trabajador.

**TERCERO:** CONDENAR al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ y en favor del señor FABIÁN YAIR ACEVEDO RINCÓN al pago en el fondo administrador de pensiones protección S.A o en el que se encuentra afiliado el trabajador afiliado el valor de los aportes a seguridad social en pensiones durante la vigencia de la relación esto es desde el 3 de febrero de 2012 hasta el 12 de noviembre 2015, teniendo como ingreso base de cotización así: para el año 2012 \$2.116.000, para el año 2013 \$2.220.000, para el año 2014 \$2.286.600 y para el año 2015 la suma de \$2.361.800 junto con la sanciones y el cálculo actuarial que liquide el respectivo fondo administrador de pensiones.

**CUARTO:** DECLARAR no probadas las excepciones de mérito que fueron presentadas por el Departamento de Boyacá.

**QUINTO:** ABSOLVER al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ de las demás pretensiones invocadas por la parte demandante atendiendo lo señalado en la parte motiva.

**SEXTO:** CONDENAR en costas al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, líquídense por secretaría una vez en firme esta providencia se señala como agencias en derecho a la suma de \$2.000.000.

**SÉPTIMO:** Contra esta sentencia procede el recurso ordinario de apelación. Si la sentencia no es apelada súrtase el grado jurisdiccional de consulta ante la honorable sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.” (Fl.258)

## **III-. IMPUGNACIÓN**

**La parte demandante** interpone recurso de apelación en contra de la anterior decisión, argumentando lo siguiente:

- El Departamento de Boyacá propuso la **excepción de prescripción como previa**, la cual fue despachada de forma desfavorable por el a-quo en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT. Por lo tanto le estaba vedado al juez de instancia hacer un estudio de la misma en la sentencia, pues no fue propuesta como una excepción de fondo, y además esta no puede ser declarada de oficio.
- Requiere el reconocimiento de la **prima de vacaciones**.
- En virtud de la declaratoria de la relación laboral, solicita la devolución de los aportes realizados por el trabajador por concepto de **salud, riesgos profesionales y estampillas**.
- Señala que dentro del proceso quedó demostrado el **actuar de mala fe** del trabajador, al mantener disfrazado a través de contratos de prestación de servicios por más de 4 años un contrato de trabajo, sin que tal actuación se pueda excusar en el concepto de economía fiscal alegado, por lo que requiere el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago de cesantías, y la sanción moratoria por el no pago de prestaciones sociales.

**La parte demandada**, presenta igualmente recurso de apelación en contra de la decisión de instancia, señalando:

- Dentro del proceso el trabajador no demostró elemento del contrato de trabajo, denominado subordinación e independencia.
- Con el demandante se celebraron contratos de prestación de servicios técnicos calificados, con el fin de mantener y atender las vías departamentales; resaltando que si bien estos se suscribieron de forma sucesiva, no fueron continuos pues entre uno y otro se presentaron interrupciones de días e inclusive meses.
- Las labores contratadas se realizan de forma autónoma e independiente, que requieren sin embargo ser ejecutadas de forma coordinada con la administración, sin que ello implique en ningún momento que exista subordinación.
- No se encuentra demostrado el actuar de mala fe de la administración, el cual no se puede entender probado solo a partir de presunciones, supuestos e

indicios, como sería el hecho de no modificarse la planta de personal del Departamento, situación que se encuentra atada al presupuesto y a la ley, resaltando que para los años 2012 a 2015 se reportó un déficit, que hacía imposible tal modificación.

- Insiste en que no se puede imponer la sanción moratoria, pues la entidad no tenía presupuestado realizar una liquidación de salarios y prestaciones sociales dada la vinculación contractual realizada con el demandante.

#### **IV.- RAZONAMIENTOS QUE FUNDAMENTAN LA CONCLUSIÓN**

Los llamados *presupuestos procesales* se encuentran satisfechos. Así, al no existir nulidades se entrará a decidir de fondo.

##### **a.- Marco de la decisión**

De conformidad con el artículo 69 del CPT dada la calidad del demandado DEPARTAMENTO DE BOYACA, el cual resultó condenado en la primera instancia, se debe estudiar la decisión a través del grado jurisdiccional de consulta.

Así mismo, la Sala se debe pronunciar frente a los puntos en discordancia planteados por los recurrentes respecto de la providencia atacada, a saber:

- La prueba arrimada al plenario demuestra la suscripción de varios contratos de prestación de servicios sucedáneos pero interrumpidos, y no la existencia de un solo contrato de trabajo durante los extremos señalados?
- Era necesaria la demostración por parte de la demandante del elemento subordinación?
- Le era dable al fallador de instancia pronunciarse en la sentencia sobre la excepción de prescripción propuesta como previa?
- Procede el reconocimiento de la prima de vacaciones?

- Procede la devolución de los aportes a salud, riesgos profesionales y estampilla cancelados por el demandante?
- Surgió la mala fe en la actuación de la entidad, que dé lugar a la imposición de las sanciones moratorias por no pago de cesantías y no pago de prestaciones sociales?

#### **b.- Consideraciones legales y doctrinarias**

En primer lugar en virtud del grado jurisdiccional de consulta se ocupará la Sala de establecer si se ajusta a la probanza la declaratoria de existencia del contrato de trabajo señalada por el a-quo, así como los derechos reconocidos y las condenas impuestas; para en segundo lugar, de acuerdo con el artículo 66A del CPT que consagra el principio de consonancia, abordar el estudio de los puntos de apelación presentados por las partes.

#### **-. De la relación laboral.**

El a-quo declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y el DEPARTAMENTO DE BOYACA dentro del periodo comprendido entre el 3 de febrero de 2012 y el 12 de noviembre de 2015, con el reconocimiento de la calidad de trabajador oficial y con la consecuente imposición de condena al pago de acreencias laborales. Situación esta a la que se opone la pasiva, pues señala que lo que se presentó fue una vinculación a través de contratos de prestación de servicios, que se rigen por la legislación civil.

**Conforme a lo anterior se debe señalar en principio, que no se desconoce que el DEPARTAMENTO DE BOYACA puede realizar contratos de prestación de servicios conforme al artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Empero, *estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.***

**En sentencia C-154 de 1997, la alta Corporación Constitucional estableció como principales características que las labores a realizar a través de estos contratos sean por razón de la experiencia, capacitación o formación profesional, con autonomía e independencia y que la vigencia del contrato sea temporal.**

**En sentencia C-171 de 2012, refiriéndose sobre los criterios que delimitan y diferencian una relación laboral con el contrato de prestación de servicios, dijo que: *la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal; entonces, si “las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual.***

**Ahora, debe la Sala igualmente precisar que,** con el solo hecho de que se aporten al expediente los contratos bajo la denominación de prestación de servicios, no hace presumir que tal vínculo contractual se llevó a cabo bajo dicha modalidad; situación esta ya definida por la jurisprudencia de la H Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (Sent. Marzo 22/2000, Rad. 12960).

De acuerdo a lo expuesto resulta claro entonces que, si la función contratada por la entidad, hace parte de sus funciones permanentes, o pueden ser realizadas por empleados de planta o no requiere de conocimientos especializados, se está frente a un contrato realidad.

De otro lado, para realizar el estudio integral del caso, se hace necesario traer a colación el artículo 2º del Decreto 2127 de 1945, que dispone: *que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos: a.) La actividad personal del trabajador (...)* b.) *La dependencia del trabajador respecto del patrono (...)* y c.) *El salario como retribución del servicio.* El artículo 3 sostiene: *que una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo*

*no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé.* Por su parte el artículo 20 del referido decreto expresa que: *“El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción”*

Encontrando dentro del artículo 298 de la Constitución Política establecido el marco general de las funciones departamentales así: *“Los departamentos tienen autonomía para la administración de los asuntos seccionales y la planificación y promoción del desarrollo económico y social dentro de su territorio en los términos establecidos por la Constitución.”*

Indicando el artículo 233 del Decreto 1222 de 1986 lo siguiente: *“Los servidores departamentales son empleados públicos sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.”*

En el presente caso se encuentra acreditado que:

El demandante suscribió con la pasiva, varios contratos de prestación de servicios los cuales se desarrollaron entre el 3 de febrero de 2012 y el 10 de noviembre de 2015, cuyo objeto inicial era *“Técnico de apoyo de laboratorio de suelos de la secretaría de infraestructura Pública del Departamento de Boyacá”*, modificándose a partir del segundo contrato a *“Apoyo a la gestión de la secretaría de infraestructura pública como operador de maquinaria pesada y equipo de construcción de propiedad del Departamento de Boyacá”*, así: (Fls. 4-42)

Nº CONTRATO	FECHA	TÉRMINO	VALOR TOTAL	VALOR MENSUAL	PERIODO
00001002 de 2012	03/02/2012	5 meses (Fl.6)	\$9.800.000	\$1.960.000	03/02/12 al 02/07/12
00001874 de 2012	03/07/2012	6 meses (Fl.11)	\$12.696.000	\$2.116.000	03/07/12 al 02/01/13
Nº CONTRATO	FECHA	TÉRMINO	VALOR TOTAL	VALOR MENSUAL	PERIODO
00001364 de	04/03/2013	5 meses	\$11.100.000	\$2.220.000	04/03/13



2013		(Fl.16)				03/08/13
00002360 de 2013(Resolución 24488/13)	05/08/2013	4 meses 22 días (Fl.20)	\$10.486.667	\$2.215.493		05/08/13 al 26/12/13
00000243 de 2014	13/01/2014	6 meses (Fl.26)	\$13.719.600	\$2.286.600		13/01/14 al 12/07/14
ADICION 243/14	11/07/2014	3 meses (Fl.29)	\$6.859.800	\$2.286.600		13/07/14 al 12/10/14
00002016 de 2014	27/10/2014	2 meses (Fl.30)	\$4.573.200	\$2.286.600		27/10/14 al 26/12/14
00000540 de 2015	13/01/2015	7 meses (Fl.37)	\$16532.600	\$2.361.800		13/01/15 al 12/08/15
ADICION 540/15	10/08/2015	3 meses (Fl.41)	\$7.085.400	\$2.361.800		13/08/15 al 12/11/15

Además se aportaron varias resoluciones, precedentes a cada uno de los contratos en donde se justificó la necesidad de contratar los servicios del demandante para llevar a cabo el proyecto *“APOYO EN EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES Y PROYECTOS PARA EL MANTENIMIENTO DE LA RED VIAL A CARGO DEL DEPARTAMENTO DE BOYACA”*, resaltando en cada uno de los acuerdos suscritos que el número de técnicos de apoyo de laboratorio de suelos y operador de máquina pesada y construcción, no es suficiente para atender todas las necesidades requeridas en los diferentes procesos y actividades que adelanta la entidad.

En el proceso, de igual forma se recibieron los testimonios de FREDDY ALBERTO BARRERA RUBIANO, AMADIS ROJAS MUÑOZ, CARLOS

ALFONSO AGUILAR MEDINA y RUBEN LEONARDO SERRATO CASTAÑEDA, quienes señalaron haber laborado con el demandante en el Departamento de Boyacá en donde coincidieron en labores y periodos trabajados, indicando claramente las funciones que desarrollaba el mismo, para lo cual utilizaba maquinaria propiedad del departamento, así como que recibía órdenes e instrucciones del Secretario de Infraestructura, el Director de Obras Públicas y/o Coordinador del Departamento de Boyacá, mencionando como jefe inmediato al Ing. Jaime Rosas; también indicaron que cumplía un horario previamente estipulado, y que la labor fue continua sin ninguna interrupción, aún entre la suscripción de cada contrato.

Acorde a lo anterior, encuentra la Sala plenamente demostrada la prestación de servicios por parte del demandante a favor del Departamento de Boyacá, en los cargos aludidos, desarrollando trabajos correspondientes a la atención y mantenimiento de obras públicas; labores que de acuerdo a la documental aportada corresponden a los trabajadores de planta de la entidad demandada, como quedó señalado en cada uno de los contratos suscritos, de los cuales además se puede establecer que no se suscribieron para desarrollar actividades excepcionales o accidentales a las funciones propias de la entidad territorial, pues las mismas se contrataron de forma permanente y continua, por un término superior a los 3 años.

De igual forma, se logró demostrar que las labores no se ejecutaron de forma autónoma e independiente, encontrándose el actor subordinado a la demandada, pues quedó asentado que le imponía el cumplimiento de un horario, le asignaba las actividades a realizar y le entregaba los elementos necesarios para su labor. Sin embargo con la sola prestación del servicio, como en efecto se probó, surgía la presunción legal del contrato de trabajo, no desvirtuado por el Departamento.

En consecuencia y acorde al principio de la primacía de la realidad se concluye que el vínculo que unió a las partes fue de carácter laboral, como lo indicó el a-quo. Sin embargo difiere esta Corporación de los extremos laborales reconocidos, los cuales conforme a la prueba documental allegada dan certeza de que la relación se

desarrolló del **3 de febrero de 2012 al 2 de enero de 2013 y del 4 de marzo de 2013 al 12 de noviembre de 2015**. Se desestima la prestación del servicio entre el **3 de enero de 2013 y el 3 de marzo** de ese año, dado el amplio lapso que transcurrió, lo cual NO permite no dar credibilidad a la prueba testimonial al respecto.

En virtud de lo anterior, y al reconocerse en esta instancia la existencia de dos relaciones laborales, se deberán reliquidar las condenas impuestas por el a-quo, dado que el mismo las había ordenado a la luz de un solo contrato de trabajo; para ello se debe tener en cuenta que operó el fenómeno de la prescripción para aquellas generadas con anterioridad al **17 de marzo de 2013**, pues la reclamación administrativa fue presentada el 17 de marzo de 2016, fenómeno que **NO** ha operado para las vacaciones y cesantías, pero únicamente del segundo contrato.

Como se indicó previamente, se declaró probada la excepción de prescripción. Sin embargo, el a-quo al momento de liquidar **los salarios insolutos**, realizó la operación teniendo en cuenta los tiempos laborados entre el 3 de julio de 2012 y el 2 de febrero de 2013 a razón de \$74.000, así como el tiempo laborado y no cancelado entre el citado contrato y el suscrito el 4 de marzo de 2013, por valor de \$1.110.000; periodos que claramente se encontraban prescritos y no reconocidos en esta instancia, dando lugar a la revocatoria de tal condena por valor de **\$1.184.000**.

Ahora bien, en virtud de la **consulta**, se debe entrar a revisar las **condenas impuestas por el a-quo**, frente a las cuales encuentra la Sala:

A favor del demandante se reconoció también el concepto de **intereses a las cesantías** y se ordenó a su favor el pago de **\$1.070.683**, emolumento frente al cual ha indicado de forma reiterada la jurisprudencia de la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, no procede su reconocimiento cuando se trata de trabajadores oficiales.

Al respecto en la sentencia SL 662 del 25 de Septiembre de 2013, MP. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, señaló lo siguiente:

*“El Tribunal negó el reconocimiento y pago de los intereses sobre la cesantía al exponer que no existe norma legal que disponga dicho derecho para los trabajadores oficiales.*

*No pudo incurrir en error el Ad quem frente a la pretensión indicada, toda vez que como lo señaló en las consideraciones del fallo impugnado, no existe norma legal que consagre dicho derecho para los trabajadores oficiales del Instituto, pues, respecto de los intereses a la cesantía, el artículo 33 del Decreto 3118 de 1968, modificado por el 3º de la Ley 41 de 1975, los consagra a cargo del Fondo Nacional del Ahorro. Al punto esta Corporación asentó en sentencia proferida el 14 de agosto de 2012, radicado No, 41522, en lo pertinente:*

“Ahora bien, en lo que corresponde al segundo motivo de inconformidad, esto es la absolución por concepto de intereses, respecto de lo cual afirmó el ad quem que no existía normativa que los consagrara a favor de los trabajadores oficiales, efecto para el cual fundamentó su decisión en la sentencia 22357 del 17 de mayo de 2004, no se configura yerro alguno, porque tal y como se lee en el fallo, la jurisprudencia reiterada de esta Sala sobre la materia así lo ha enseñado, la que por demás acompasa con lo establecido por la Corte Constitucional en su sentencia C-625 del 4 de noviembre de 1998, a través de la cual declaró la exequibilidad del artículo 12 de la Ley 432 de 1998, respecto del cual puntualizó, que “el pago de los intereses está a cargo del Fondo y no de los empleadores”.

Por lo señalado en precedencia, y siendo reconocida la calidad de trabajador oficial al demandante, dadas las actividades que este desarrollaba, referentes a la construcción y sostenimiento de obras públicas (Art. 5 Dto. 3135 de 1968), se revocará la condena impuesta en primera instancia por tal aspecto.

## **PUNTOS DE APELACION**

### **PARTE DEMANDADA**

Los aspectos esbozados por **esta parte**, concernientes a que en el presente asunto existió una vinculación de carácter civil y no laboral, y que no fue demostrada la correspondiente subordinación, ya fueron estudiados en virtud de la consulta, siendo despachados tales argumentos de forma desfavorable, al evidenciarse de forma fehaciente la existencia de un contrato de trabajo. Se recuerda, sin embargo que la subordinación no es necesario demostrarla, ya que la presunción emerge a favor del trabajador, con la prueba de la prestación de sus servicios.

### **PARTE DEMANDANTE**

Requiere en primer lugar se revoque lo concerniente a la declaratoria de la excepción de **prescripción**, la cual considera no ha debido fallarse por el a-quo como de fondo, dado que fue propuesta como previa y en su momento despachada en forma desfavorable, sin que frente a la misma cuente el juzgador con facultades oficiosas.

Al respecto, encuentra la Sala que efectivamente al momento de contestar la demanda dentro del capítulo concerniente a las excepciones previas se incluyó la denominada “*Prescripción del derecho sin que implique reconocimiento de las pretensiones*” (Fl.237), sobre la cual se pronunció el a - quo en la audiencia reglada por el artículo 77 del CPT en donde la declaró improcedente, señalando que al existir discusión frente a los extremos de la relación laboral no es posible fallarla como previa. (Fl.251)

Debe entonces esta Corporación recordar que la excepción de prescripción tiene el carácter de mixta, pues si bien su naturaleza es claramente perentoria ya que ataca el derecho reclamado, la ley laboral permite que se proponga como previa cuando no existe discusión sobre la exigibilidad de la pretensión, como se consagra en el artículo 32 del CPT.

Situación que se reitera no desdibuja la connotación de excepción de mérito o de fondo que tiene la misma, y sobre la cual en sentencia SL3693 de 2017 se indicó:

*“Adicional a ello, el artículo 32 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social regula, igualmente de manera expresa, el trámite que debe darse a las excepciones, y establece que «...también podrá proponerse como previa la excepción de prescripción cuando no haya discusión sobre la fecha de exigibilidad de la pretensión o de su interrupción o de su suspensión...» En desarrollo de dicha norma, esta sala de la Corte ha explicado con suficiencia que el hecho de que la excepción de prescripción pueda proponerse y estudiarse, bajo ciertas condiciones, en la calidad de previa, no quiere decir que siempre deba formularse de esa manera y que pierda su naturaleza esencialmente perentoria. En la sentencia CSJ SL, 25 jul. 2006, rad. 26939, se dijo al respecto:*

*Por sabido se tiene que las excepciones procesales son los mecanismos o herramientas de defensa que la ley otorga a la parte demandada para “controlar la existencia jurídica y la validez formal del proceso, depurándolo cuando sea el caso de defectos o impedimentos que atentan contra la eficacia misma del instrumento. De ahí que, por vía de principio general, ellas tengan como objetivo salvaguardar los presupuestos procesales, para disponer los saneamientos correspondientes cuando haya lugar, o provocar el aborto del proceso, terminándolo formalmente, cuando las deficiencias no se superan y siguen gravitando en él”, conocidas con el nombre de previas o dilatorias y entre las que se*

*encuentran las de falta de competencia, de jurisdicción, compromiso, falta de integración del litis-consorcio necesario; o para atacar el alma o el corazón del derecho deprecado por la contraparte, pues su fin no es otro que repeler que éste acabe en pleno vigor; aquí, entonces, el blanco de la defensa apunta a las pretensiones de la demanda y son las de mérito o de fondo, entre ellas están las de prescripción, pago y compensación.*

*La ley procesal determina que las excepciones previas deben ser resueltas por el juez laboral en la audiencia pública de “conciliación, de decisión de excepciones previas, de saneamiento y fijación del litigio” (artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 39 de la Ley 712 de 2001). Por su parte, las excepciones de mérito deben ser decididas por el juez con la sentencia.*

*Empero lo precedente, según la exposición de motivos de la Ley 712 de 2001, en aras de “la economía procesal y la descongestión judicial, y considerando el desarrollo que en el procedimiento civil han tenido las llamadas excepciones mixtas, se consagra un trámite especial para dos excepciones de mérito; la de prescripción y las de cosa juzgada, que podrán en ciertos casos decidirse en la primera audiencia de trámite” (negrillas fuera de texto).*

*Así las cosas, no es que la ley permitió una mutación de la naturaleza jurídica de la excepción de prescripción, es decir, que haya cambiado de ser una excepción de fondo a dilatoria, sino que, se itera, por economía procesal y celeridad, al juez laboral le es dable resolverla en la primera audiencia de trámite, siempre y cuando, como lo establece el artículo 32 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el 19 de la Ley 712 de 2001, “no haya discusión sobre la fecha de exigibilidad de la pretensión o de su interrupción o de su suspensión”.*

*En este orden de ideas, para que el juez pueda decidir sobre la prescripción, al comienzo de la litis, no debe tener duda en cuanto a la claridad y existencia del derecho; pero si hay controversia en cuanto a la exigibilidad, interrupción o suspensión de la prescripción, la resolución de la misma debe esperar a la sentencia.*

*Si el juzgador tiene la certeza que el derecho reclamado se extinguió por el paso del tiempo, por su inactividad, por medio de auto interlocutorio así lo debe declarar en la audiencia del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y en este evento no le es dable retomar en el fallo el punto debatido.*

*Pero, a contrario sensu, si el juez, como sucede en el sub examine, consideró que no tenía los suficientes elementos de juicio para decidir de entrada sobre la excepción de prescripción en la audiencia de trámite, era su deber legal pronunciarse sobre ella al momento de la sentencia.” (Subraya la Sala.)*

Así las cosas no encuentra la Sala el error endilgado por la recurrente, al resolver el a-quo en la sentencia la procedencia de la excepción de prescripción, pues si bien fue propuesta como previa, en su momento se indicó que no cumplía con los presupuestos legales para fallarla como tal, por lo cual se aplazó su estudio al

momento de la decisión, dada su condición de fondo o perentoria, sin que con ello se pueda señalar que fue resuelta de oficio como lo indica la parte actora.

Por tal razón se **negará el recurso en este aspecto.**

Solicita el reconocimiento de la **prima de vacaciones**, frente a la cual efectivamente le asiste derecho al actor, al tratarse de un trabajador oficial, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 1045 de 1978, por lo cual se liquidará teniendo en cuenta lo normado frente a la misma en los artículos 25 y 31 del mismo Decreto, cuya prescripción no ha ocurrido al tenor del último artículo citado, en concordancia con el artículo 23 de dicha norma.

Requiere el **reembolso de lo cancelado por concepto de aportes a salud, riesgos profesionales y estampilla**, conceptos que indica asumió el trabajador en virtud de la forma de contratación.

Al respecto encuentra la Sala que efectivamente en virtud del contrato de trabajo declarado, y dado que en el plenario quedó demostrado que fue el trabajador quien asumió el pago total de las cotizaciones a seguridad social (Fls. 43-107), cuando las mismas deben ser canceladas en forma conjunta por el trabajador y el empleador conforme al artículo 22 de la ley 100 de 1993, procede ordenar su reembolso.

Se ordenará entonces la devolución al demandante de los solicitados (**salud y riesgos laborales**), cancelados durante la vigencia del contrato de trabajo, en la proporción que debía pagar el empleador, a partir del 17 de marzo de 2013 en adelante, dada la prescripción declarada, conforme al cuadro siguiente:

			<b>APORTES 2017-1468</b>			
<b>FOLIO</b>	<b>AÑO</b>	<b>MES</b>	<b>SALUD</b>	<b>PENSION</b>	<b>RIESGOS</b>	<b>IBC</b>
74	2013	ABRIL	112.000	143.483	62.403	888.000
75	2013	MAYO	111.331	142.524	61.984	No legible
76,77 Y 78	2013	JUNIO	111.000	142.100	61.800	888.000

79	2013	JULIO	111.000	142.100	61.800	888.000
80	2013	AGOSTO	111.500	142.700	62.100	No legible
81 Y 82	2013	SEPTIEMBRE	111.000	142.100	Sin pago	888.000
83	2013	OCTUBRE	112.300	143.700	Sin pago	No legible
84	2013	NOVIEMBRE	111.000	142.100	Sin pago	No legible
85	2013	DICIEMBRE	111.000	142.100	Sin pago	888.000
86	2014	ENERO	95.920	74.900	Sin pago	No legible
87	2014	FEBRERO	114.400	146.400	Sin pago	No legible
88	2014	ABRIL	114.400	146.400	Sin pago	No legible
89	2014	MAYO	114.400	146.400	Sin pago	No legible
90	2014	JUNIO	No legible	No legible	Sin pago	No legible
91	2014	JULIO	114.400	146.400	Sin pago	No legible
92	2014	AGOSTO	114.400	146.400	Sin pago	No legible
93	2014	SEPTIEMBRE	114.400	146.400	Sin pago	No legible
94	2014	OCTUBRE	No legible	No legible	Sin pago	No legible
95	2014	NOVIEMBRE	No legible	No legible	Sin pago	No legible
96	2014	DICIEMBRE	No legible	No legible	Sin pago	No legible
97	2015	ENERO	81.600	104.400	Sin pago	No legible
98	2015	FEBRERO	118.100	151.200	Sin pago	No legible
99	2015	MARZO	118.100	151.200	Sin pago	No legible
100	2015	ABRIL	118.100	151.200	Sin pago	No legible
101	2015	MAYO	118.100	151.200	Sin pago	No legible
102	2015	JUNIO	118.100	151.200	Sin pago	No legible
103	2015	JULIO	118.100	151.200	Sin pago	No legible
104	2015	AGOSTO	120.900	154.100	Sin pago	No legible
105	2015	SEPTIEMBRE	118.100	151.200	Sin pago	945.000



106	2015	OCTUBRE	118.100	151.200	Sin pago	945.000
107	2015	NOVIEMBRE	118.100	151.200	Sin pago	945.000
		<b>TOTAL APORTES</b>	<b>SALUD \$3.049.851</b>	<b>PENSION \$3.855.507</b>	<b>RIESGOS \$310.087</b>	

Devolución riesgos laborales 100%:     **\$310.087**  
Devolución Salud 68%:                    **\$2.073.898**

**TOTAL:**                                        **\$2.383.985**

De acuerdo a lo indicado en precedencia y dada la condena impuesta en primera instancia al DEPARTAMENTO DE BOYACA concerniente al reconocimiento y pago de las totalidad de los aportes en pensión a favor del trabajador durante el vínculo de la relación laboral, en necesario aclarar que tal emolumento solamente se debe cancelar sobre la diferencia entre la base de cotización con que el trabajador realizó los aportes como independiente y el salario realmente devengado, conforme se puede verificar en las planillas de pago enunciadas en precedencia.

Finalmente se debe indicar que no se accede al reembolso de lo pagado por concepto de estampilla, dado que el mismo no es de origen laboral, sino fiscal.

**En consecuencia la liquidación de prestaciones sociales y devolución de aportes se tendrá así (Liquidación adjunta):**

Prima de navidad 17/03/2013 al 12/11/2015 =                **\$6.337.990**  
Prima vacaciones 04/03/2013 al 12/11/2015 =               **\$3.080.656**  
Vacaciones 04/03/2013 al 12/11/2015 =                       **\$3.178.589**  
Cesantías 04/03/2013 al 12/11/2015 =                         **\$6.941.159**  
Salario insolutos a-quo =   **\$2.362.200**  
Devolución aportes (Salud-Riesgos) =                         **\$2.383.985**  
**TOTAL**   **\$24.284.579**

Como último punto de apelación se encuentra el referente a las **sanciones moratorias** por no pago de cesantías y prestaciones sociales a la finalización del

contrato. Al respecto **la parte demandante** alega que dentro del plenario se encuentra demostrado el actuar de mala fe de la entidad, mientras la demandada señala que el mismo no se encuentra configurado a la finalización del contrato, pues dada la forma de contratación realizada, el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ no tenía presupuestada la obligación de cancelar emolumentos laborales al demandante.

Para el caso concreto se aplica el artículo 1 del decreto 797 de 1949, que consagra esta indemnización a favor del trabajador oficial, cuando la empleadora, transcurridos 90 días a partir del retiro, no le cancele o consigne lo adeudado por concepto de salarios, prestaciones e indemnizaciones; caso en el cual el contrato de trabajo recobraré su vigencia en los términos de ley (ficción).

Esta sanción según criterio jurisprudencial no es automática ni inexorable, sino que para la imposición de la misma se deben estudiar las razones que conllevaron a que a la terminación del contrato no cancelara las prestaciones que le asisten al trabajador. En este caso, se argumentó que el actor prestó sus servicios bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios regulados por la ley 80 de 1993.

En el presente asunto no emerge la buena fe en el actuar del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, pues es en virtud de la suscripción permanente de los citados contratos de prestación de servicios con FABIAN YAIR ACEVEDO RINCÓN, se logra demostrar su intención de desconocer los derechos laborales del trabajador, pese a que se trataba de labores permanentes en desarrollo del objeto de la entidad.

Conforme a tales razonamientos se reconocerá y ordenará el pago a favor del demandante, de la sanción moratoria consagrada en el parágrafo 2º del artículo 1 del Decreto 797 de 1949; teniendo en cuenta el término de 90 días allí consagrado, esto es, a partir del **12 de noviembre de 2015** el mismo vence el 29 de marzo de 2016, luego a partir del **30 de marzo de 2016 con un valor de \$78.726 diarios**, hasta el día del pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

Como se reconoció esta moratoria se revocará la indexación y los intereses de mora impuestos en primera instancia, pues son incompatibles.

Ahora bien, en lo que concierne a la **sanción moratoria de cesantías** requerida por la parte demandante, y que conforme al hecho duodécimo de la demanda (Fl.173), corresponde a la contemplada en el artículo 99 numeral 3 de la ley 50 de 1990, debe anticipar la Sala que la misma no procede en el presente asunto, dada la calidad de trabajador oficial reconocida al demandante, acorde con los señalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2051 del 8 de febrero de 2017, radicación N°45390, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, en donde al respecto señaló:

*“Por lo mismo, no hay lugar a la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a un fondo, en los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, norma que por demás se aplica a los trabajadores del sector privado y no a los trabajadores oficiales, lo que hace impertinente esta pretensión.”<sup>11</sup>*

Por tanto no se accede a tal requerimiento.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO:**           **MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia impugnada, el cual quedara así:

*“**PRIMERO:** DECLARAR que existieron dos contratos de trabajo entre el demandante FABIÁN YAIR ACEVEDO RINCÓN como trabajador y el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ como empleador, con vigencia entre el 3 de febrero de 2012 y el 2 de enero de 2013; y entre el 4 de marzo de 2013 y el 12 de noviembre de 2015, cuya terminación fue por vencimiento del término pactado, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.”*

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia recurrida, así:

*“**SEGUNDO:** CONDENAR al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ a pagar a favor del demandante FABIÁN YAIR ACEVEDO RINCÓN la suma de **\$24.284.579** por concepto de salarios, cesantías, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones y devolución de aportes a seguridad social (Salud y riesgos profesionales), operando el fenómeno de la **prescripción** para los derechos causados con anterioridad al **17 de marzo de 2013**. Así mismo se condena al pago de la sanción moratoria a partir del **30 de marzo de 2016, con un valor de \$78.726** diarios, hasta que se verifique el pago de las acreencias adeudadas.”*

**TERCERO: MODIFICAR** el numeral tercero así:

*“**TERCERO: CONDENAR** al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ y en favor del señor **FABIÁN YAIR ACEVEDO RINCÓN** al pago en el fondo administrador de pensiones protección S.A o en el que se encuentra afiliado el trabajador, el valor de la diferencia en los aportes a seguridad social en pensiones durante la vigencia de la relación esto es desde el 3 de febrero de 2012 y el 2 de enero de 2013 y del 4 de marzo de 2013 al 12 de noviembre de 2015. La diferencia ordenada se tomará del ingreso base de cotización con el que canceló el demandante y el salario realmente devengado **conforme el cuadro anexo**, junto con la sanciones y el cálculo actuarial que liquide el respectivo fondo administrador de pensiones.”*

**CUARTO: CONFIRMAR** la sentencia recurrida en todo lo demás.

**QUINTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**SEXTO: Ejecutoriada** esta providencia por secretaria devuélvase el expediente al Juzgado de origen, dejando las constancias necesarias.

Las partes se notifican en ESTRADOS.

**JULIO ENRIQUE MOGOLLÓN GONZÁLEZ**  
Magistrado Ponente

**MARIA ISBELIA FONSECA GONZÁLEZ**  
Magistrada

**FANNY ELIZABETH ROBLES MARTÍNEZ**  
Magistrada