



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: *CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO*

Bogotá D. C., marzo primero (1º) de dos mil dieciocho (2018)

RADICACIÓN NÚMERO: 11001-03-15-000-2017-03238-00
ACTORA: ZULIMA MOSQUERA LLOREDA
DEMANDADO: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RISARALDA
ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA – FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver la solicitud presentada por la señora Zulima Mosquera Lloreda, a través de apoderado, y en ejercicio de la acción de tutela consagrada en la Constitución Política, artículo 86, desarrollada por los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015.

I. ANTECEDENTES

1. La petición de amparo

La señora Zulima Mosquera Lloreda interpuso acción de tutela el 29 de noviembre de 2017, con el fin de que se le protegieran los derechos al trabajo, al acceso a la administración de justicia y al debido proceso¹, los cuales consideró vulnerados por parte del Juzgado Segundo Administrativo Oral de Pereira y por el Tribunal Administrativo de Risaralda, con ocasión de las decisiones proferidas por dichas autoridades judiciales el 31 de marzo de 2016 y 26 de mayo de 2017, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 66001333300220130036300.

¹ Folios 1 del cuaderno principal.



El proceso mencionado fue iniciado por la señora Zulima Mosquera Lloreda contra el Municipio de Pereira con la finalidad de que se decretara la nulidad de un acto administrativo que negó el reconocimiento de la relación laboral y el pago de las prestaciones laborales.

En concreto, formuló las siguientes pretensiones:

“(…)

1º Que se TUTELE (sic) los derechos fundamentales al trabajo, al acceso a la administración de justicia y al debido proceso, de los cuales es titular la señora **ZULIMA MOSQUERA LLOREDA**, vulnerados por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda, al confirmar la sentencia de primera instancia que declaró la PRESCRIPCIÓN de los derechos laborales de la demandante, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho adelantado por la señora MOSQUERA LLOREDA contra el Municipio de Pereira, Radicado 66001-33-33-002-2013-00363-01.

2º DEJAR SIN EFECTO la sentencia del 26 de mayo de 2017 proferida por el TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE RISARALDA dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho adelantado por la señora **ZULIMA MOSQUERA LLOREDA** contra el Municipios de Pereira, Radicado 66001-33-33-002-2013-00363-00, absteniéndose de declarar la prescripción de los derechos laborales.

3º Se **ORDENE** al TRIBUNAL DE LO CONTENCOSO ADMINISTRATIVO DE RISARARLDA, que dentro de un término prudencial, proceda a proferir una nueva sentencia de remplazo de la providencia del 26 de mayo de 2017 dictada dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho adelantado por la señora **ZULIMA MOSQUERA LLOREDA** contra el Municipio de Pereira que liquide y pague a favor de la demandante los aportes al sistema de seguridad social en pensiones durante el tiempo en el que se verificó la existencia del contrato de trabajo, por tratarse de derechos imprescriptibles y, se abstenga de condenar en cosas a la parte actora.

(…)².

² Folio 7 del cuaderno principal.



La solicitud de tutela tuvo como fundamento los siguientes:

2. Hechos

Señaló que prestó sus servicios personales a favor del Municipio de Pereira - Secretaría de Educación Municipal, en el cargo de auxiliar de servicios generales del 5 de diciembre de 2006 al 19 de diciembre de 2008, mediante contratos de prestación de servicios.

Anotó que, mediante oficio del 12 de diciembre de 2012 solicitó al Municipio de Pereira, el reconocimiento de la relación laboral y el correspondiente pago de las prestaciones laborales.

Precisó que el Municipio de Pereira, a través del oficio 054 del 2 de enero de 2013 le negó la petición elevada. Frente a este acto se interpusieron los correspondientes recursos

Mencionó que el oficio 054 del 2 de enero fue confirmado mediante las Resoluciones 422 del 12 de febrero y 1068 del 12 de marzo, ambos de 2013.

Destacó que, el 27 de agosto de 2013, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con la pretensión de declarar la nulidad del oficio 054 del 2 de enero y de las Resoluciones 422 del 12 de febrero de 2013 y 1068 del 12 de marzo, todos de 2013 y el correspondiente reconocimiento y pago de las acreencias laborales adeudadas.

Indicó que la demanda interpuesta fue tramitada en primera instancia ante el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Pereira, autoridad judicial que declaró probada la excepción de prescripción de la totalidad de los derechos reclamados, mediante la sentencia del 31 de marzo de 2016.

Aclaró que se interpuso el correspondiente recurso de apelación que fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Risaralda, a través de la sentencia del 26 de mayo de 2017, decisión en la cual se confirmó la providencia del 31 de marzo de 2016.



3. Fundamento de la petición

Explicó que los derechos laborales son imprescriptibles por mandato constitucional, pero las autoridades judiciales demandadas sustentaron su posición en una sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A del 16 de junio de 2016, según la cual el trabajador tiene 3 años para reclamar sus derechos laborales después de la terminación del vínculo laboral.

Precisó que los derechos laborales, de acuerdo con las normas que rigen la materia, prescriben a los 3 años, contados a partir de que la obligación se hace exigible o desde la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Indicó que, en tratándose de los derechos laborales derivados del contrato realidad, en virtud de la primacía de la realidad sobre las formas, existe en la jurisprudencia nacional 2 posturas respecto del momento en que se empieza a contar el término de la prescripción, es decir, el momento en que se hacen exigibles dichos derechos.

Adujo que una es la interpretación de la Corte Suprema de Justicia, según la cual, dicho término empieza a contar en vigencia del contrato de trabajo, esto es, que reconocen un derecho o una situación jurídica que ya se tenía con antelación a la misma demanda.

Aclaró que, la segunda posición es la que tiene la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, según la cual el término de prescripción de derechos laborales se contabiliza desde la ejecutoria de la sentencia que desvirtúa el contrato de prestación de servicios y declara la existencia de la relación laboral en virtud del principio de la primacía de la realidad, por lo que la decisión es constitutiva del derecho.

Señaló que el Consejo de Estado, en varios pronunciamientos de tutela, ha precisado que si bien la sentencia que reconoce la existencia del contrato de trabajo es de carácter constitutivo, ello no significa que el contratista o trabajador pueda reclamar sus



derechos laborales en cualquier tiempo, sino que, por razones de seguridad jurídica, lo debe hacer dentro de un término razonable.

Citó varias providencias proferidas en procesos iniciados en ejercicio de acciones de tutelas del año 2013 y 2014, que sustentaron la posición antes expuesta.

Aclaró que en consonancia con esta postura, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho reiteró que la decisión que reconoce el contrato de trabajo es constitutiva, pero consideró que el trabajador debe reclamar las prestaciones sociales en un periodo que no exceda el de la prescripción de los derechos laborales, contados a partir de la terminación del último contrato de trabajo.

Indicó que esta es la tesis que acoge el Tribunal Administrativo de Risaralda para proferir la sentencia cuestionada en la acción de tutela de la referencia.

Explicó que, pese a lo anterior, el Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, con ponencia del Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, ha considerado que en las controversias relacionadas con el contrato realidad, el pago de las prestaciones derivadas de la declaración del reconocimiento de la relación laboral, deberán ser reclamados dentro del término de 3 años contados a partir de la terminación del vínculo laboral.

Precisó que pese a que con estas decisiones pareciera que la tesis de la Sección Segunda del Consejo de Estado es declarativa, pero realmente, como ya se advirtió, es constitutiva y esto no ha sido modificado y, por el contrario, reiterada y avalada por la Corte Constitucional en la sentencia SU-448 de 2016.

Expuso que el Tribunal Administrativo de Risaralda al contabilizar la prescripción de los derechos laborales, contando el término de 3 años desde la terminación del último contrato de prestación de servicios, incurrió en un defecto sustantivo en la interpretación de la norma, al desconocer que la sentencia es constitutiva, de conformidad con la tesis del Consejo de Estado, tal como se explicó.



Reiteró que la sentencia atacada declaró la prescripción de unos derechos que, de conformidad con el precedente del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, solo nacerían a la vida jurídica con la ejecutoria de esa misma sentencia, que es la que desvirtúa los contratos de prestación de servicio y reconoce la existencia de una relación laboral. Al ser constitutiva de derechos, la sentencia no puede contabilizar la prescripción desde la terminación del último contrato de prestación de servicios.

Aseguró que el término de prescripción no puede empezar a contabilizarse a partir de la terminación del contrato de prestación de servicios, puesto que ello lleva consigo que se cambie la postura que el Consejo de Estado ha mantenido, es decir, que la sentencia que reconoce la existencia de una relación laboral es constitutiva de derechos y no declarativa.

Adujo que, igualmente, se desconoció el precedente de unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016, al no acceder al recurso de apelación para que se ordenara: i) reconocer a su favor los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, los cuales, por mandato constitucional son imprescriptibles y iii) declarar la prosperidad parcial de las pretensiones y no condenar en costas a la parte demandante.

4. Trámite de la solicitud de amparo

Mediante auto del 19 de enero de 2018 se admitió la solicitud de tutela y se ordenó notificar a los magistrados que integran el Tribunal Administrativo de Risaralda, como parte demandada; también dispuso comunicar la iniciación del proceso, en calidad de tercero con interés, al juez Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Pereira y al alcalde Municipal de Pereira.

Adicionalmente, se solicitó en calidad de préstamo el expediente 66001333300220130036300 correspondiente al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Zulima Mosquera Lloreda contra el Municipio de Pereira³.

³ Folio 48 del cuaderno principal del expediente.



5. Argumentos de Defensa

5.1. Tribunal Administrativo de Risaralda

El magistrado ponente de la decisión atacada rindió el informe solicitado en los siguientes términos:

Sostuvo que la decisión atacada se adoptó con base en un análisis ponderado e integral de la normatividad y de los pronunciamientos judiciales, tanto de ese tribunal como del superior funcional, aplicables al caso en concreto, así como del material probatorio allegado al expediente.

Precisó que la sentencia atacada concluyó que, si bien, solo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de la existencia de la relación laboral, también lo es que la solicitud de la declaración de la existencia de dicha relación debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración, estando a tono con lo considerado por el Consejo de Estado.

Indicó que esta postura ha sido aplicada de forma reiterada, pese a que el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa no ha sido uniforme y pacífica. Para sustentar su argumentación, citó las sentencias del 8 de mayo de 2014 y reiterada por la providencia del 19 de enero de 2015, en las cuales se ha determinado que el plazo razonable en el que debe presentarse la solicitud para el pago de las prestaciones derivadas del vínculo laboral es de 5 años siguientes a la fecha de terminación del último contrato de prestación de servicio.

Manifestó que, por el contrario, en las sentencias del 9 de abril de 2014 y del 21 de abril de 2016, en las que se expuso que la prescripción deberá aplicarse para aquellas personas que prestaron sus reclamaciones pasados 3 años, desde la terminación de su relación laboral.



Aclaró que la última vinculación de la demandante con la entidad demandada transcurrió durante el periodo del 1 de diciembre de 2008 al 19 de diciembre de 2008, siendo así que, a partir de esta última fecha la parte actora contaba con 3 años para elevar su petición ante la administración. Sin embargo, la señora Mosquera Lloreda radicó la correspondiente solicitud el 12 de diciembre de 2012 y la demanda el 27 de agosto de 2013, esto es, cuando había vencido dicho término para la exigibilidad del derecho.

5.2. Los terceros con interés

Pese a haber sido notificados en debida forma⁴, guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la acción de tutela de la referencia, en atención a lo consagrado por los Decretos 2591 de 1991 y 1983 de 2017.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si, en el presente caso, con la decisión del 30 de octubre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, se vulneraron los derechos fundamentales al trabajo, al acceso a la administración de justicia y al debido proceso, al incurrir en un defecto sustantivo y en el desconocimiento del precedente del Consejo de Estado, lo que llevó consigo a que no se declarara la existencia de una relación de carácter laboral entre la parte demandante y la parte demandada y, en consecuencia, liquidar y pagar las diferencias salariales y las prestaciones sociales liquidadas conforme a los derechos laborales de los empleados de planta que realizaban las mismas labores que la señora Zulima Mosquera Lloreda, pretensiones solicitadas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 660013333002201300363.

⁴ Folios 49 a 53 y 69 del expediente.



Sin embargo, de manera previa a resolver, se analizarán los siguientes aspectos: *i)* el criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; *ii)* estudio sobre los requisitos de procedibilidad y, finalmente, de encontrarse superados los requisitos de procedibilidad adjetiva, se estudiará *iii)* el fondo del reclamo.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

De conformidad con el precedente jurisprudencial proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de julio 31 de 2012⁵, mediante el cual **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales⁶, conforme al cual:

“De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.”⁷.

La Corporación ha modificado su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, conforme a él, es necesario **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta**

⁵ Consejo de Estado. Sala Plena. Expediente 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

⁶ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

⁷ Ídem.



el momento por la jurisprudencia, como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Así, ahora es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación se refirió a los “...**fijados hasta el momento jurisprudencialmente**...”. En efecto:

Es claro que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 constitucional y, por ende, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia⁸ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -procedencia sustantiva- y cuáles impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto -procedencia adjetiva-.

En tales condiciones, se verificará en primer término que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad, a saber: *i)* que no se trate de tutela contra tutela; *ii)* inmediatez y *iii)* subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la Sección declarará **improcedente** el amparo solicitado y no entrará a analizar el fondo del asunto.

En caso contrario, en el evento en que el asunto supere dichos requisitos, corresponderá a la Sala adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la prosperidad o **negación** del amparo impetrado, se requerirá: *i)* que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión

⁸ Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.



sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y *ii*) que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Al respecto, resulta del caso reiterar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

4. Requisitos de procedibilidad

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

Para comenzar con el estudio de los parámetros esenciales de viabilidad de la tutela cuando se dirige contra providencias judiciales, la Sala encuentra que no se trata de una tutela contra decisión de tutela, pues la providencia censurada se profirió en el curso de un proceso iniciado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

De igual manera, en el presente asunto se cumple con el requisito de inmediatez⁹, toda vez que la sentencia enjuiciada se profirió el 26 de mayo de 2017, decisión que fue notificada, vía correo electrónico el 30 de mayo de 2017 del mismo año, por lo que es claro que la decisión censurada en este caso quedó ejecutoriada el 5 de junio siguiente¹⁰.

En tales condiciones, como la solicitud de tutela se presentó el 28 de noviembre de 2017, es claro que, entre la fecha de ejecutoria de la decisión acusada y la presentación del escrito de tutela que ahora se analiza, transcurrió un término que se considera razonable para el efecto.

⁹ El mencionado requisito exige que la acción de tutela se interponga tan pronto se produce el hecho, acto u omisión al que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales o, por lo menos, dentro de un término prudencial y consecuencial a su ocurrencia, pues el paso prolongado del tiempo, indica que se ha disipado la gravedad de la lesión y la urgencia de la protección deprecada, desvirtuándose así la inminencia de la afectación. La razón de ser del referido principio es evitar que este mecanismo constitucional de defensa se utilice como herramienta que subsane la desidia, negligencia o indiferencia de las personas que debieron buscar una protección oportuna de sus derechos y no lo hicieron o que la misma se convierta en factor de inseguridad jurídica.

¹⁰ Folio 242 del cuaderno número 2 del expediente.



Ahora bien, en lo referente a la existencia de otro mecanismo de defensa para controvertir la decisión que, en concepto de la parte actora, vulneró sus derechos fundamentales, se advierte que la señora Zulima Mosquera Lloreda no cuenta con otro medio de defensa judicial ordinario o extraordinario para el efecto.

Con todo, resulta del caso resaltar el carácter excepcional de la acción de amparo, el cual tiene como fin garantizar la intangibilidad de la cosa juzgada, el respeto de la autonomía judicial¹¹, la protección de derechos de terceros de buena fe, la seguridad jurídica y la confianza en los fallos judiciales¹².

5. Caso en concreto

En el *sub lite*, la parte actora consideró que sus derechos fundamentales al trabajo, al acceso a la administración de justicia y al debido proceso fueron transgredidos por el Tribunal Administrativo de Risaralda, con ocasión de lo decidido en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en el que se buscaba la declaratoria de la existencia de una relación laboral y, en consecuencia, la liquidación y el pago de las diferencias salariales y el total de las prestaciones sociales, conforme a los derechos laborales de los empleados de planta que realizaban las mismas funciones en el Municipio de Pereira.

A juicio de la parte demandante, las decisiones enjuiciadas incurrieron en un defecto sustantivo y en desconocimiento del precedente frente a la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, por cuanto el Tribunal Administrativo de Risaralda declaró la prescripción extintiva, toda vez que la reclamación correspondiente no se presentó dentro de los 3 años después de la terminación de la relación contractual, pese a que la tesis del Consejo de Estado, ratificada en la sentencia presuntamente desconocida, consideró que la decisión de declarar la existencia del contrato de trabajo es constitutiva y, en consecuencia, la prescripción para solicitar el pago de las sumas devengadas prescribe a los 3 años siguientes a la providencia correspondiente.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992.

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-315 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño



Para desarrollar el problema jurídico planteado la Sala tendrá en cuenta los siguientes argumentos:

a. Providencia enjuiciada

El Tribunal Administrativo de Risaralda profirió la sentencia del 26 de mayo de 2017, en la que dirimía la controversia planteada por la señora Zulima Mosquera Lloreda contra el Municipio de Pereira por la declaración de la existencia de un contrato laboral y, en consecuencia, la liquidación y pago de las sumas dinerarias a las que tendría derecho.

Para confirmar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda por la ocurrencia del fenómeno de la prescripción, la autoridad demandada explicó:

“(...)

En torno al fenómeno de la prescripción declarado de oficio en la decisión judicial que ocupa la atención de la Sala, le corresponde a esta Colegiatura señalar, que el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales se encuentra regulado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, el cual establece lo siguiente:

(...)

El texto anterior es reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público, en el artículo 102, dispuso el mismo término de prescripción laboral.

Así las cosas, es necesario señalar que el Consejo de Estado ha considerado que la prescripción deberá aplicarse para aquellas personas que presenten sus reclamaciones, pasados 3 años a la terminación de su relación laboral, de la que pretenden una serie de reconocimientos. Al respecto, manifestó¹³:

(...)

¹³ Citó una sentencia del Consejo de Estado del 9 de abril de 2014 con ponencia del Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.



Lo anterior quiere decir que, si bien solo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de la existencia de la relación laboral, también lo es que la solicitud de la declaración de existencia de la relación laboral, debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena que prescriba el derecho a que se haga tal declaración, estando a tono con lo dispuesto por el Consejo de Estado, en el pronunciamiento aludido, postura que acoge esta Colegiatura y que ha venido aplicando de manera reiterada, no obstante, el decurso jurisprudencial sobre el tema que no ha sido uniforme y pacífico, precisamente y no pasa inadvertido para la Sala lo considerado en proveído emitido por el Honorable Consejo de Estado -Sección Segunda, Subsección B - Consejero Ponente Dr. Gustavo E. Gómez Aranguren (E), ocho (8) de mayo de dos mil catorce (2014), reiterada en providencia calendada el (sic) (19) de enero de dos mil quince (2015) con ponencia del Consejero, doctor Gómez Aranguren, referente al término de prescripción de derechos prestacionales derivados del contrato realidad, este último en aparte reza:

(...)

Para la Sala es claro, que tratándose de la figura de la prescripción de las acciones y derechos derivados de las leyes sociales, ha quedado establecido de manera objetiva en un lapso de tres años, aspecto que es de reserva exclusiva del legislador, conforme al contenido del artículo 150 numeral 2 de la Constitución Política de Colombia.

(...)

Puntualizado lo anterior, debe esta Colegiatura indicar que si bien el apoderado judicial en su escrito de apelación manifestó que la situación fáctica y jurídica analizada en la sentencia vulneran los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, ya que el criterio que imperaba al momento de acudir a la jurisdicción era que la exigibilidad del derecho se configuraba con el fallo y era a partir de allí que se estructuraba el extremo inicial del fenómeno de la prescripción, lo cierto es que la regla de vinculación del precedente judicial busca armonizar y salvaguardar los principios de igualdad y seguridad



jurídica para que asuntos idénticos se decidan de la misma forma.

Sobre el particular se ha venido adoptando una línea jurisprudencial por parte del juez natural, que para este caso concreto obedece al H. Consejo de Estado, en la Sección Segunda, quien mediante sentencia del 9 de abril de 2014 con radicación No. 20001233100020110014201 (0131-13), con ponencia del Consejero Luis Rafael Vergara Quintero, ha expuesto que la prescripción deberá aplicarse para aquellas personas que presenten sus reclamaciones pasados 3 años a la terminación de su relación laboral, de la que pretenden una serie de reconocimientos, tal y como quedó reseñado en precedencia.

(...)

Postura que fue reiterada recientemente en providencia calendada el 16 de junio de 2016 con ponencia del mencionado Consejero, doctor Luis Rafael Vergara Quintero, referente al término de prescripción de derechos prestacionales derivados del contrato realidad, este último en aparte reza:

(...)

Lo anterior quiere decir que si bien solo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad de la declaración de la existencia de la relación laboral, también lo es que la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral, debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena que prescriba el derecho a que se haga tal declaración, estando a tono con lo dispuesto por el Consejo de Estado, en el pronunciamiento aludido, postura que acoge esta Colegiatura y que ha venido aplicando de manera reiterada, en la medida en que si finiquitó la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan, en aplicación a la teoría de la primacía de la realidad sobre las formas, desarrollada por la Sección Segunda de esta Corporación.



Por otra parte, conforme se desprende del contenido de la demanda, concretamente la súplica en la que se reclama el pago de los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que se debió trasladar a los fondos correspondientes y que fueron asumidas por la parte actora, si bien la Sección Quinta del Consejo de Estado abordó el análisis de la posible configuración del defecto sustantivo, bajo la hipótesis que “las autoridades judiciales acá cuestionadas, desconocieron el precedente establecido por la jurisdicción contenciosa en sede ordinaria y protegido por vía de tutela, en el sentido que cuando se discuta la existencia de un contrato realidad, así haya operado el fenómeno de la prescripción, en cualquiera de sus formas, será procedente determinar si existió o no aquella, pero solamente para los efectos de las obligaciones propias del sistema de seguridad social a que haya lugar, en materia de aportes y tiempo computable a pensión, así como las contribuciones propias del sistema de salud, comoquiera que redundan en garantías de orden público imprescriptibles, por mandato de la Constitución y la ley.”

Al respecto, ha entendido esta Colegiatura que la misma se contrae a un pretensión de recobro (porcentaje de cuotas partes), y, por ende, en el sub examine por modo se encuentra en peligro del derecho fundamental a la seguridad social, en la medida en que, no se dejaron de hacer los aportes respectivos, atendiendo el hecho de que fueron asumidos por la parte actora sobre la base del valor pactado en los contratos suscritos, conforme se desprende del acápite de hechos del libelo introductorio y, lo que pretende por vía ordinaria es una acción de recobro de los porcentajes de cotización correspondientes a pensión, ARP y salud que debió efectuar la entidad y no lo hizo (pretensión cuarta de la demanda), es decir, se traduce dicha pretensión en un aspecto meramente económico, para que le sean directamente pagados al demandante, siendo esta una obligación crediticia, argumentos que esta Sala de Decisión considera suficientes para apartarse del criterio ut supra.

Así, lo entendió el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación proferida el 25 de agosto de 2016, con ponencia del Consejero Carmelo Perdomo Cuéter bajo el proceso radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16,



donde se señaló:

“Por último, resulta oportuno precisar que la imprescriptibilidad de la que se ha hablado no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.”

Máxime cuando resulta claro que en lo incumbido con los aportes a la seguridad social en pensión ARP y salud estos fueron realizados en su momento por la parte accionante y necesariamente deben contabilizarse para efectos del reconocimiento pensional, una vez cumpla con el requisito número de semanas cotizadas y la edad requerida para la respectiva pensión de vejez.

Conforme lo dicho en precedencia, en el sub lite se observa que la última vinculación de la demandante con la entidad accionada transcurrió durante el periodo del 1 de diciembre de 2008 al 19 de diciembre de 2008, siendo así que, a partir de esta última fecha la parte actora contaba con un lapso de 3 años para elevar su petición ante la administración, no obstante, la accionante radicó la mencionada solicitud el día 12 de diciembre de 2012 y la demanda fue presentada el 27 de agosto de 2013, esto es, cuando había vencido dicho término para la exigibilidad del derecho, por consiguiente, esta Sala de Decisión comparte la posición del a quo en el sentido de afirmar que en el presente asunto opera el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva, puesto que la existencia de la relación laboral y los derechos derivados de la misma, se reclamaron por fuera del término citado en precedencia, o sea, pasado más de 3 años siguientes a la causación.



(...)"

De la extensa transcripción realizada, la Sala concluye que la autoridad judicial demandada, considera que el término de prescripción de 3 años contados a partir de la última relación contractual opera tanto para los derechos derivados del presunto vínculo laboral como de la declaración de existencia del mismo.

Además, se aclara que si bien los aportes propios de la seguridad social en pensión, en salud y para riesgos profesionales son imprescriptibles, en el caso de que la demanda contenga la pretensión del pago de estos, pese a que la parte actora haya realizado los correspondientes aportes, implica una solicitud de recobro, la cual no opera frente a las devoluciones de los dineros ya pagados, puesto que esto es un beneficio económico para el trabajador y no afecta el derecho fundamental a la seguridad social.

b. Sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado proferida el 25 de agosto de 2016.

En la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 con ponencia del Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, la Sección Segunda del Consejo de Estado sentó su posición en relación con la controversia del contrato realidad, en particular, en lo concerniente a la prescripción precisó varias reglas de derecho, a saber:

1. Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta deberá reclamar dentro de los 3 años siguientes, contados a partir de la terminación del vínculo contractual.
2. El fenómeno prescriptivo no opera frente a los aportes para pensión, pero sí frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, puesto que esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no afecta el derecho a la seguridad social.
3. El estudio de la prescripción, en cada caso concreto, deberá ser objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la



existencia de la relación laboral, ya que al estar intrínseco el derecho pensional de una persona que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no puede afectar la acción ni la pretensión principal, esto es, la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral.

4. El juez contencioso administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya solicitado de manera expresa, sobre los aportes de la seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal demandada, puesto que esto implica una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

Textualmente la providencia en cita consideró:

"(...)

Respecto de la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el aludido interregno, es del caso interpretar los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en armonía con el mandato contenido en el artículo 12 (numeral 2) del convenio 95 de la OIT, de acuerdo con el cual los ajustes finales de los salarios debidos tienen lugar desde la terminación del nexo contractual con el empleador, por cuanto es desde ese momento en que se podrá demostrar que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral con el Estado (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación) y, en consecuencia, reclamar el pago de las prestaciones a las que tendría derecho de comprobarse ese vínculo, todo lo anterior en virtud de los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social.

Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la "...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales" (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se



deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios.

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

(...)

En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA) , y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.

(...)

En tal sentido, el juez solo podrá analizar la prescripción en cada caso concreto, una vez abordada y comprobada



la existencia de dicha relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente, los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral), por lo que su estudio deberá ser objeto de la sentencia.

Igualmente, en atención a que el derecho a una pensión redonda en la calidad de vida de aquella persona que entregó al Estado su fuerza de trabajo en aras de su propia subsistencia, e incluso de la de su familia, tanto para recibir una contraprestación por su servicio como para llegar a obtener beneficios que cubran contingencias derivadas de la vejez o invalidez, **el juez contencioso deberá estudiar en todas las demandas en las que proceda el reconocimiento de una relación laboral (contrato realidad), así no se haya solicitado expresamente, el tema concerniente a las cotizaciones debidas por la Administración al sistema de seguridad social en pensiones, pues si bien es cierto que la justicia contencioso-administrativa es rogada, es decir, que el demandante tiene la carga procesal de individualizar las pretensiones condenatorias o declaratorias (diferentes a la anulación del acto) con claridad y precisión en el texto de la demanda respecto de las cuales el juez deberá pronunciarse en la sentencia (principio de congruencia), también lo es que este mandato legal debe ceder a los postulados superiores, cuanto más respecto de los derechos constitucionales a la vida en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social, puesto que “La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores” (artículo 48 de la C.P.), como extremo débil de la relación laboral, que imponen a las autoridades estatales la obligación de adoptar medidas tendientes a su protección efectiva, ya que sería mayor el menoscabo para la persona cuando llegare a acceder a un derecho pensional (sea por vejez o invalidez) con un monto que no reconoce la fuerza laboral que entregó a su empleador, frente a los demás que sí obtuvieron todos los beneficios a los que se tiene derecho en un contrato de trabajo (principio de proporcionalidad).**

(...)

Por último, resulta oportuno precisar que **la imprescriptibilidad de la que se ha hablado no opera frente a la devolución de los dineros pagados por**



concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para efectos de lo anterior, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador. (...)" (Negrilla por fuera del texto original).

c. Desconocimiento del precedente producido por el Tribunal Administrativo de Risaralda

A juicio de la actora, el Tribunal Administrativo de Risaralda, en la sentencia de 26 de mayo de 2017, desconoció el precedente establecido por el Consejo de Estado en la sentencia del 25 de agosto de 2016, ya que declaró la prescripción extintiva sin tener en cuenta que las decisiones que declaran la existencia de una relación laboral, con base en la primacía de la realidad sobre las formalidades, es constitutiva y no declarativa.

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Risaralda adujo que la providencia cuestionada se sustentó en un análisis juicioso de todas y cada una de las pruebas obrantes en el plenario y, además, en ella fue acogida la postura sostenida por el Consejo de Estado en relación con la prescripción extintiva de las acciones y, en consecuencia, de los derechos derivados de estos, con base en los pronunciamientos del 9 de abril de 2014, del 21 de abril y del 16 de junio, estas últimas de 2016, en las que el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa precisó que el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el



derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan.

En relación con la pretensión sobre el pago de los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que se debió trasladar a los fondos correspondientes y, que fueron asumidos por la parte actora, la autoridad judicial demandada explicó que esta es una solicitud de recobro y, en consecuencia, al ser una petición crediticia, la imprescriptibilidad no lo afecta. Posición que, al revisar la sentencia atacada, se basa en la providencia de unificación del 25 de agosto de 2016, pronunciamiento presuntamente desconocido.

Para la Sala las conclusiones a las que arribó el Tribunal Administrativo de Risaralda son equivocadas puesto que, pese a que conocía la existencia de la providencia del 25 de agosto de 2016, no realizó el estudio principal de la controversia planteada, esto es, si existía o no relación laboral entre la señora Zulima Mosquera Lloreda y el Municipio de Pereira, lo cual es externo al fenómeno de la prescripción extintiva.

Además de lo anterior, sin mayor análisis concluyó que los aportes realizados por la actora sobrepasaban los aportes que debía realizar la entidad demandada, en el caso de existir una verdadera relación laboral.

Lo anterior, no se acompasa con las consideraciones que realizó el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, puesto que en este pronunciamiento el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa fue claro en explicar que:

- i) La prescripción extintiva se debe analizar una vez se determine la existencia de la relación laboral y que no aplica para los aportes para pensión ni para las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensión, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.
- ii) Sin embargo, la imprescriptibilidad de los aportes a pensión no opera para las solicitudes de devolución de dineros pagados por concepto de estos aportes, realizados como contratista, pues esta es una obligación dineraria que sí prescribe.



iii) En consecuencia, la administración deberá determinar, mes a mes, si existía diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por la contratista, y cotizar al respectivo fondo la suma faltante por concepto de aportes solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Pero, si se presentan cotizaciones faltantes en contra del actor, este tendría la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajador.

Como este análisis no se presentó en el caso en estudio, la Sala considera que sí se configuró el desconocimiento del precedente alegado por la parte demandante y, en consecuencia, amparará el derecho fundamental al debido proceso invocado.

Por lo tanto, para proteger el derecho fundamental indicado, dejará sin efectos la sentencia del 26 de mayo de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda dentro del trámite de nulidad y restablecimiento con radicación 66001333300220130036301, para que vuelva y decida teniendo cuenta la postura establecida por la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016, cuando se discute judicialmente la existencia de un contrato realidad, por existir allí algunos derechos imprescriptibles de los trabajadores.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Ampárase el derecho fundamental al debido proceso de la señora Zulima Mosquera Lloreda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Déjase sin efectos la sentencia de 26 de mayo de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, expediente 660013333002201300363 promovido por la actora contra el Municipio de Pereira.

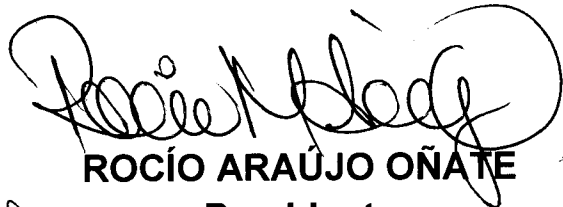


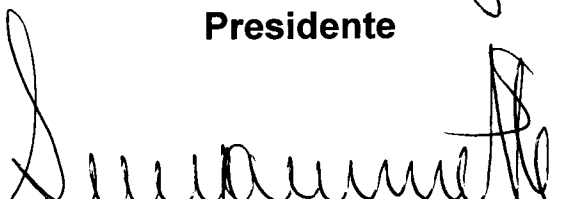
TERCERO: Ordénase al Tribunal Administrativo de Risaralda, que en el término 30 días siguientes a la notificación de la presente providencia, profiera una nueva decisión, dentro del proceso en cita, en atención de las consideraciones expuestas en este proveído.

CUARTO: Notifíquese a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991

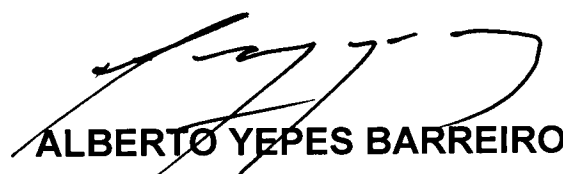
QUINTO: Si no fuese impugnado este fallo, devuélvase el expediente allegado en calidad de préstamo al Tribunal Administrativo de Risaralda, que corresponde a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por la señora Zulima Mosquera Lloreda; y envíese el expediente de tutela a la Corte Constitucional para su eventual revisión al día siguiente de la ejecutoria, de conformidad con lo establecido por el inciso 2º del artículo 31 del Decreto No. 2591 de 1991, en caso de no ser impugnada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente


LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera


CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero


ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

