

# Defensa judicial



11 de julio de 2022 al 15 de julio 2022

Subdirección de Defensa Judicial y Prevención del Daño Antijurídico

## En contrato realidad el fenómeno prescriptivo no opera respecto de los aportes

En principio, los derechos prestacionales derivados del contrato realidad no prescriben debido a que su exigibilidad es imposible antes de que se produzca la sentencia, porque la decisión judicial al declarar la existencia de la relación laboral tiene carácter constitutivo; es decir, a partir del fallo que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado, pero lo cierto es que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial que no exceda el de la prescripción de los derechos que pretende.

Lo anterior significa que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

El contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política.

De acuerdo con lo anterior, para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar los tres elementos referidos, especialmente que el contratista desempeñó una actividad de la entidad en condiciones de subordinación y dependencia continuada. Contrario sensu, se constituye una relación contractual que se rige por la Ley 80 de 1993, cuando se pacta la prestación de servicios relacionados con la administración o

funcionamiento de la entidad pública, caso en el cual el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, recibe el pago de honorarios por los servicios prestados por una labor convenida que no puede realizarse con personal de planta o requiere conocimientos especializados.

El fenómeno prescriptivo no opera respecto de los aportes para pensión, teniendo en cuenta la condición periódica del derecho pensional que lo hace imprescriptible (C. P.: Gabriel Valbuena Hernández).

## Estado no puede escudarse en urgencia manifiesta ante falta de prevención en obra que contrata

Se decidió la apelación sobre unos procesos acumulados que pretendían la responsabilidad estatal por la muerte de un infante y de un trabajador, quienes fallecieron con ocasión del desplome de un puente mientras era objeto de obras de recuperación de su estribo, cuya ejecución había sido contratada por el departamento en el marco de la declaratoria de urgencia manifiesta por la emergencia producida en la zona a causa de la ola invernal.

En primera lugar, la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la falta de jurisdicción para conocer de la responsabilidad reclamada al contratista con relación a la muerte del trabajador, puesto que el fuero de atracción no se configura cuando la génesis de la reclamación es una relación laboral entre particulares, por lo que se declaró la nulidad de todo lo actuado en el desde la admisión de la demanda.

Por otro lado, se declaró administrativamente responsable al departamento por la muerte del menor de edad a título de falla del servicio, consistente en las irregularidades concernientes a la falta de elaboración de estudios para establecer el estado general del puente antes de ser objeto de obras de rehabilitación, situación que fue la causa exclusiva en la causación del daño.

Por último, la Sala indica que no pretende desconocer que en el marco de la urgencia manifiesta se requería agilidad y celeridad en la toma de decisiones encaminadas a prevenir

# Defensa judicial

el peligro que amenazaba el daño sufrido por el puente. Sin embargo, el escenario de la urgencia no puede traducirse o confundirse con el ejercicio de medidas improvisadas e irreflexivas que en nada aporten a la solución de los inconvenientes que se procuran conjurar y, por el contrario, hagan más gravoso el problema que se espera resolver. Sumado a lo anterior, se evidenció que al declarar la urgencia manifiesta y celebrar el contrato de obra con el contratista en el marco de esa declaratoria el departamento tampoco le encomendó la elaboración de estudios estructurales sobre todo el puente para determinar un diagnóstico sobre su estado general antes de intervenirlo. Se aclara que todas las actividades contratadas en lo que respecta al puente se limitaron al estribo (C. P.: Marta Nubia Velásquez Rico).

## Recategorización del municipio no implica que los salarios de sus servidores deban ser ajustados inmediatamente

Las competencias para fijar el régimen salarial de los empleados públicos de los entes territoriales han sido consagradas por la Constitución y la ley de manera concurrente, por cuanto corresponde (i) al Congreso de la República señalar los objetivos y principios que ha de tener el Gobierno para fijar dicho régimen; (ii) al Gobierno nacional decretar el límite máximo de sus salarios; (iii) a los concejos municipales o distritales concretar los anteriores mandatos, con la adopción de las escalas salariales de los empleos de sus dependencias, según su categoría, y (iv) al respectivo alcalde adoptar las asignaciones básicas y emolumentos salariales para cada cargo, sin exceder los límites previstos para cada año.

Por consiguiente, se concluye que la competencia de las entidades territoriales respecto del régimen salarial de sus empleados públicos comprende la adopción de las escalas y grados correspondientes a cada uno de los empleos de sus plantas de personal y la fijación de las respectivas asignaciones básicas, sin exceder los límites que el Gobierno nacional impone para cada anualidad.

En el caso objeto de estudio, la alta corte indicó que un municipio, indistintamente de que ascienda o descienda de categoría, debe tener en cuenta además de los topes salariales fijados por el Gobierno Nacional las finanzas y el presupuesto, de manera que no comprometa su equilibrio y sostenibilidad financiera, pues de lo contrario sería un ente insostenible y quizás inviable.

Así que aunque es positivo para un municipio haber ascendido de categoría ello no implica per se que se deban incrementar los salarios de todos los empleados que laboran para el ente territorial, pues ese superávit en relación con los ingresos corrientes de libre destinación debe ser destinado a satisfacer todas las necesidades básicas de las personas más desprotegidas dentro de la sociedad, esto es, gasto social (C. P.: Carmelo Perdomo Cuéter).

## Se debe reclamar en sede administrativa el reconocimiento de la sanción moratoria

Para reclamar la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 es necesario que previamente sea reclamada a la Administración.

De tal forma, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho exige la existencia de un pronunciamiento por parte de la Administración, por medio del cual decida de fondo sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, toda vez que no basta que esté prevista en la ley, sino que se requiere el agotamiento del procedimiento administrativo para obtener el restablecimiento del derecho.

Es por ello que para el estudio del tema en vía judicial es presupuesto indispensable la existencia del acto expreso o presunto que decida sobre esa pretensión en particular, es decir, tratándose de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales o definitivas debe agotarse la reclamación administrativa ante la entidad para pretender ese derecho. Así las cosas, el acto administrativo que se profiera en ese sentido será aquel susceptible de

# Defensa judicial

control judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En el caso objeto de estudio, la alta corte indicó que la simple presentación de la petición elevada por la demandante, en la que persigue el reconocimiento y pago de las cesantías, no sufre el requisito en sede administrativa frente a la pretensión de la sanción, en la medida que es necesario provocar de la Administración una decisión tendiente al reconocimiento de la aludida penalidad. Lo anterior tiene sustento precisamente en la naturaleza misma de la sanción moratoria, pues si bien está a cargo del empleador que infrinja su obligación de pagar las cesantías en el término que la ley concede, no es accesoria a la prestación cesantías, pues se causan en torno a ellas, pero no dependen directamente de su reconocimiento, porque su causación es excepcional y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador. Así las cosas, se declara de oficio la excepción de falta de reclamación previa en sede administrativa (C. P.: Gabriel Valbuena Hernández).

## La convención colectiva de trabajo en sede casacional no debe apreciarse como una simple prueba

La convención colectiva de trabajo es una suerte de contrato constitucionalizado, en la medida en que es la materialización de atribuciones que la Carta Política concede a las organizaciones sindicales y los empleadores, cuya finalidad principal consiste en fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo. Se trata de un acto regla, que crea derechos objetivos y por tanto fuente formal de derecho, en cuanto se torna en un precepto obligatorio jurídicamente para empleadores y trabajadores.

De tal modo que la convención colectiva de trabajo, en sede casacional, no debe apreciarse como una simple prueba, sino que, además, dado su carácter de fuente formal y su contenido normativo, debe interpretarse como corresponde a los preceptos laborales y de seguridad social, esto es, atendiendo los principios y características que informan tan particulares ramas del derecho.

El propósito de la negociación colectiva desde la perspectiva de los trabajadores consiste en superar los mínimos legales y obtener beneficios adicionales que mejoren sus condiciones de trabajo, bienestar e ingresos, entre otros. También es obvio que los beneficiarios iniciales de la convención son los trabajadores, sin que ello signifique que las partes, dentro de su autonomía negocial, no puedan extender los beneficios a terceros, familiares, extrabajadores o pensionados.

En el caso objeto de estudio, la Sala Laboral casó una sentencia que no reconoció el reajuste a la pensión de jubilación convencional, pues comprobó que la cláusula de la convención colectiva de trabajo que incorporó las disposiciones de la Ley 4ª de 1976 en lo referente al reajuste no fue modificada o derogada, con lo cual fuerza concluir que la incorporación que en ella se hizo se mantuvo inalterada en ese aspecto a lo largo del tiempo, y se debe aplicar lo dispuesto allí, así la ley haya sido derogada pues prima lo establecido en la convención (M. P.: Luis Benedicto Herrera Díaz).

Fuente: Legismovil – Boletín Oficial  
Artículo 20

Elaboró: Carlos Alberto Aponte García - Contratista  
Revisó: Dra. Martha Lucia Triana López - Asesor  
Aprobó: Dr. Hugo Alejandro Jiménez Balcázar – Subdirector de  
Defensa Judicial y Prevención del Daño Antijurídico