



# Tribunal Administrativo de Santander

## Relatoría

*Boletín febrero de 2017*

### PROVIDENCIAS DE INTERÉS

- 1. CONTRATO REALIDAD / Unificación Jurisprudencial. Consejo de Estado. Sentencia del 25 de agosto de 2016, Radicación: 23001233300020130026001 (0088-15) CESUJ2-005-16. MP: Carmelo Perdomo Cuéter.**

#### 1. Prescripción del derecho reclamado.

El fenómeno jurídico de la prescripción encuentra sustento en el principio de seguridad jurídica, en la medida en que busca impedir la perpetuidad de las reclamaciones diferentes a reconocimientos de índole laboral, que pudieron quedar pendientes entre los extremos de la relación de trabajo al momento de su finalización, pues *contrario sensu* resultaría desproporcionada la situación en la que se permitiera que el trabajador exigiera de su empleador – o ex empleador – la cancelación de emolumentos que con el transcurrir de los años implicarían un desmedro excesivo del patrimonio de este – en atención a las indemnizaciones o intereses moratorios que se podrían causar – y le impediría la conservación de los elementos tendientes a desvirtuar lo demandado.

Por 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 pretensiones 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



# Tribunal Administrativo de Santander

## Relatoría

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, si son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales

Así mismo, 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 Art. 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 relación de trabajo.

Consecuentemente, tampoco es exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias – contrato realidad – derechos laborales irrenunciables – cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión – que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables – condición que prevé el numeral 1 del



# Tribunal Administrativo de Santander

## Relatoría

Art. 161 del Cpac para requerir tal trámite - , en armonía con el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial.

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.

El Juez contencioso – administrativo se debe pronunciar aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, en tanto que aquellos derechos son de aplicación judicial inmediata y evidenciada su vulneración, en aras de su prevalencia sobre el derecho procesal, habrán de adoptarse las medidas jurídicas necesarias para su restablecimiento.

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 el respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

## 2. Restablecimiento del derecho:



# Tribunal Administrativo de Santander

## Relatoría

Resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso – administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal, para lo cual ha de advertirse que el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial, es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva.

En lo que atañe al ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el docente vinculado por contrato de prestación de servicios, cabe anotar que este corresponderá a los honorarios pactados, ya que no es dable tener en cuenta, en este caso, el empleo de planta, pues los docentes oficiales se encuentran inscritos en el escalafón nacional docente que implica remuneraciones diferenciadas según el grado en el que estén.

### **Conclusiones**

i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo 70 Decreto 2277 de 1979, “por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”, artículo 36: “Derechos de los educadores. Los educadores al servicio oficial gozarán de los siguientes derechos:



# Tribunal Administrativo de Santander

## Relatoría

(...)

b. Percibir oportunamente la remuneración asignada para el respectivo cargo y grado del escalafón; (...):35 contractual.

ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de *in dubio pro operario*, no regresividad y progresividad.

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) 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, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la 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).

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del





# Tribunal Administrativo de Santander

## Relatoría

vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión *extra petita*, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho,

y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados.

- 2. APLICACIÓN DE PRUEBA PSICOLÓGICA / Derecho de contradicción / Exclusión de concurso de méritos.** Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 24 de noviembre de 2016. Radicación: 68001233300020160100201. MP: Rocío Araujo Oñate.

La acción de tutela procede de forma excepcional contra actuaciones proferidas dentro de concursos públicos de méritos, siempre y cuando no se haya emitido la lista de elegibles, caso contrario en el cual resulta improcedente el amparo, ante la existencia de situaciones consolidadas y derechos adquiridos por cada uno de los concursantes designados en cargos de carrera.

Frente a los reproches realizados por el accionante contra las reglas de la convocatoria, la acción de tutela no constituye el mecanismo idóneo para realizar un juicio abstracto de legalidad respecto de las mismas, ahora bien, el hecho que la acción de tutela no sea el mecanismo procedente para controvertir un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto como el Acuerdo 564 de 2016 de la CNSC no significa que la acción constitucional no constituya el mecanismo idóneo para verificar si en el trámite que se adelantó para excluir al actor del proceso de selección, se vulneraron los derechos fundamentales invocados, por supuesto, siempre y



# Tribunal Administrativo de Santander

## Relatoría

cuando no se haya emitido la lista de elegibles correspondiente – se reitera

–

Se tiene que si bien al actor para que sustentara la reclamación contra la decisión que lo excluyó del concurso de méritos se le permitió acceder al cuadernillo de preguntas y a la hoja de respuestas que diligenció, el mismo solo conoció la calificación que se efectuó, concretamente, las razones por las cuales fue considerado no apto, mediante el escrito de 30 de julio de 2016 esto es, después de que presentó la referida reclamación.

En manera alguna puede considerarse que a una persona se le garantizó el derecho de defensa contra una decisión adversa a sus intereses, si no se le permite con anterioridad a la oportunidad de presentar la reclamación respectiva, conocer de manera clara, precisa y fidedigna las razones de aquella.

Le asiste razón razón al actor cuando manifiesta que materialmente no se le permitió conocer los resultados de la prueba con fundamento en la cual fue excluido del proceso de selección, a fin de ejercer oportunamente el derecho de contradicción y que no puede afirmarse que se cumplió con los parámetros que la Corte Constitucional ha establecido en sentencias como la T-180 de 2015, respecto de la cual se estima pertinente traer a colación algunas consideraciones sobre la obligación de permitir que los participantes de un concurso público tengan acceso a la calificación de las pruebas que se presentaron, a fin de que conozcan las razones de la misma, garantía que se insiste, no se cumple si solo se entrega el cuadernillo de preguntas y la hoja de respuestas diligenciada, que por si solos no permiten conocer las razones del evaluador ni los motivos de la calificación.

Por supuesto, la Sala no desconoce que al brindarse la mencionada garantía, las entidades involucradas en el proceso de selección deben tomar ciertas precauciones para preservar el carácter reservado de las



# Tribunal Administrativo de Santander

## Relatoría

pruebas y/o como ocurre en esta oportunidad, respetar las cláusulas contractuales con las sociedades que tienen la propiedad intelectual de aquellas, sin embargo, dichas restricciones no pueden hacer nugatorio el derecho fundamental a la defensa de los concursantes, como ocurre cuando se niega la justificación de los resultados de las pruebas presentadas, bajo el argumento que los motivos correspondientes son reservados o que frente a los mismos existen cláusulas de confidencialidad, pues en tal evento quienes acuden al concurso de méritos quedan sin posibilidades reales de controvertir las decisiones que se adopten, al impedirseles el acceso a las razones que sustentan las mismas.

**3. MANDAMIENTO DE PAGO / Indemnización compensatoria / Normatividad aplicable.** Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 8 de septiembre de 2016. Radicación: 11001031500020160172300. CP: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas<sup>1</sup>.

El Tribunal demandado estimó que si era procedente librar mandamiento de pago por indemnización compensatoria. Esa decisión – la procedencia de librar mandamiento de pago por indemnización compensatoria – no se cuestiona, lo que si se discute es la forma como se libró ese mandamiento ejecutivo. La autoridad judicial demandada concluyó que la indemnización compensatoria debía calcularse de conformidad con el Art. 189 de la Ley 1437 que en lo pertinente reza:

Art. 189. Efectos de la sentencia.

(...) Cuando resulte imposible cumplir la orden de reintegro del demandante al cargo del cual fue desvinculado, porque la entidad desapareció o porque el cargo fue suprimido y no existe en la entidad un cargo de la misma naturaleza y categoría del que desempeñaba en el momento de la desvinculación, podrá solicitar al juez de primera instancia la fijación de una indemnización compensatoria.

---

<sup>1</sup> Decisión confirmada mediante sentencia del 9 de febrero de 2017 CP: Lucy Jeannette Bermudez Bermudez.





# Tribunal Administrativo de Santander

## Relatoría

(...) en todo caso, la suma se fijará teniendo en cuenta los parámetros de la legislación laboral para el despido injusto y el auto que la señale solo será susceptible de recurso de reposición.

La norma citada no regula aspectos relacionados con la ejecución de la sentencia y por ende el Tribunal no podía aplicarla de plano, como lo hizo. En otras palabras, esa norma no podía ser aplicada directamente porque el supuesto de hecho que determina su aplicación no prevé los procesos ejecutivos.

En efecto, la iniciación del proceso ejecutivo en vigencia de la Ley 1437 de 2011 implica que el proceso ejecutivo sea tramitado con esa normativa, pero no implica que los efectos de la sentencia que se ejecuta deban regirse por la nueva normativa.

Por eso, como la Ley 1437 de 2011 no estableció normas para el desarrollo de procesos ejecutivos, era necesaria, en virtud del Art. 306 ibidem, la remisión al Código General del proceso.

Por tanto, si el CGP regula lo concerniente a los perjuicios compensatorios – Art. 428 y 437 – y si además esa regulación es compatible con las actuaciones de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo lo procedente era decidir con fundamento en esas normas.

**4. PACIENTE PSIQUIATRICO / Evento adverso / Posición de garante / Medidas de reparación integral.** Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de noviembre de 2016. Radicación: 68001233100020070050401(41134). CP: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Es claro que en las obligaciones de seguridad y custodia que radican en cabeza de los centros médicos, existe una posición de garante del hospital para con el paciente. En esa línea de pensamiento debe señalarse que “*la posición de garante*” ha asumido vital connotación en eventos en los cuales, si bien el Estado no interviene directamente en la concreción de un daño antijurídico como autor o participe del hecho, la situación que tiene el personal médico y paramédico respecto de sus pacientes les impone un



# Tribunal Administrativo de Santander

## Relatoría

deber específico de protección o prevención, el cual al ser incumplido, les acarrea las mismas consecuencias o sanciones que radican en el directamente responsable del daño antijurídico.

Así las cosas, es evidente que la esquizofrenia paranoide y síndrome de abstinencia diagnosticada al paciente, sus múltiples intentos de suicidio y su comportamiento sicótico eran factores suficientes para suponer que podía estar en alto riesgo de suicidio, razón por la cual ameritaba el máximo cuidado y vigilancia.

Es claro también, que el Hospital Universitario de Santander tenía la obligación de preservar la vida e integridad personal del paciente como deber general de toda atención hospitalaria, pero tratándose de un enfermo mental, además del tratamiento de la alteración quirúrgica y psiquiátrica, tenía el derecho de resguardar su seguridad personal, estableciendo una vigilancia con el grado de diligencia que demandaba su condición, en este caso la tendencia suicida propia de la enfermedad que padecía y que implicaba un riesgo cierto de causar daño a los demás y a sí mismo.

### **Medida de reparación integral.**

La Sala advierte que en el caso concreto se transgredió la dimensión objetiva de los derechos a la vida y a la salud por la muerte del paciente Andrés Fernando Soler Arias, toda vez que constituía un deber ineludible del Hospital Universitario de Santander E.S.E. velar porque aquél no pudiera realizar acciones que representaran una amenaza para su vida e integridad física o incluso para terceras personas.

En consecuencia, la actitud asumida por el hospital demandado desconoció la protección constitucional especial y reforzada que cobija a pacientes como el señor Andrés Fernando Soler Arias, quienes, al no ser conscientes de sus padecimientos, tienen que ser manejados con especial cuidado y vigilancia por parte del personal médico y de enfermería que está a su cargo, pues éstos frente a este tipo de pacientes se erigen en verdaderos garantes de su integridad física.



# Tribunal Administrativo de Santander

## Relatoría

Por lo tanto, con fundamento en el principio de reparación integral (art. 16 ley 446 de 1998), la Sala ordenará que el Hospital Universitario de Santander E.S.E. adopte, en el término máximo de tres (3) meses contados a partir de la fecha de ejecutoria de este fallo, un protocolo idóneo y eficiente de seguridad que –con garantía de los derechos fundamentales de los enfermos– impida que los pacientes psiquiátricos catalogados como peligrosos o riesgosos e incluso que los acompañantes de esos mismos o de otros pacientes, atenten contra la vida e integridad de los enfermos y de las personas que se encuentren en el hospital.

### **5. DERECHO A LA SALUD DE POBLACIÓN TRANSGENERISTA / Vida digna / Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 24 de octubre de 2016. Radicación: xxxxxxxxxxxxxxxx. CP: William Hernández Gómez.**

La Corte Constitucional ha advertido que de la población LGTBI los trans son las personas a quienes más se les discrimina y se les excluye de la sociedad.

En esa medida, se trata de un grupo especialmente vulnerable, cuyos derechos fundamentales deben ser protegidos a través de políticas públicas y acciones afirmativas adoptadas por el Estado, mediante las cuales se les garantice una vida en condiciones dignas y de igualdad.

Ahora bien, el derecho a la salud como derecho constitucional y servicio público debe ser garantizado a todas las personas, de conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política. Sin embargo, este derecho no debe limitarse al aspecto físico, sino que debe garantizarse de forma integral, esto es, en los contenidos funcional, psíquico, emocional y social, pues son estos los que contribuyen a llevar una vida digna

En ese orden de ideas, las personas trans tienen derecho a que les sea proporcionado un servicio de salud integral adecuado con sus



# Tribunal Administrativo de Santander

## Relatoría

necesidades. Por lo tanto, las EPS están obligadas a prestar los servicios ordenados por los médicos tratantes, los cuales pueden ser solicitados mediante la acción de tutela cuando aquellas se niegan a garantizarlos, sin que medie una razón justificada.

En cuanto a la reafirmación sexual quirúrgica, entendida como aquellas operaciones tendientes a cambiar los aspectos físicos de una persona para hacerlos acorde a su identidad sexual, la Corte ha indicado que en modo alguno pueden considerarse como intervenciones estéticas

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que al tratarse de procedimientos que no están incluidos en el POS, deben reunirse ciertos requisitos, definidos por la jurisprudencia constitucional, para que sea procedente ordenarlos por vía de tutela, estos son:

1. La falta de práctica del procedimiento amenace la vida, dignidad o integridad física de la persona,
2. El procedimiento debe ser prescrito por un médico vinculado a la EPS a la cual está afiliado el solicitante,
3. La operación no pueda ser sustituido por otro de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud y
4. La intervención no pueda ser asumida en términos económicos por el peticionario.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que la negativa del amparo solicitado implica una vulneración a los derechos fundamentales del accionante y constituye una barrera para garantizar el respeto de su identidad sexual y de género.



# Tribunal Administrativo de Santander

## Relatoría

En efecto, la imposibilidad de efectuar la reafirmación sexual quirúrgica impide al accionante llevar una vida en condiciones dignas.

RELATORÍA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER  
Correo electrónico: [relatribadm@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:relatribadm@cendoj.ramajudicial.gov.co)  
Teléfono. 6428946.  
Bucaramanga - Santander