



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, veintinueve (29) de junio de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

REFERENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
PROCESO: 70-001-33-33-001-2015-00253-01
DEMANDANTE: JOSUE RAFAEL SUAREZ LEONELLES
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE SUCRE.

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 23 de Noviembre de 2016 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo.

1. ANTECEDENTES.¹

1.1. LA DEMANDA.

El señor **JOSUE RAFAEL SUAREZ LEONELLES**, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho formuló demanda en contra **DEPARTAMENTO DE SUCRE- SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL, solicitando**, que se declare la nulidad del Oficio No SED.LPAF.700.11.03.2041 del 03 de julio de 2015.

A título de restablecimiento del derecho, pretende: que se declare la relación laboral que existió entre la parte accionante y la accionada por cuanto cumple con todos los requisitos para que se dé un verdadero contrato de trabajo entre los periodos comprendidos entre 15/02/2001 al 30/06/2001; 15/02/2002 al 30/06/2002 ; 15/02/2003 al 15/12/2003, y se condene al Departamento de Sucre

¹ Folio 1 - 14

al pago de las prestaciones sociales que en igualdad de condiciones reconocía a los empleados públicos docentes.

De igual forma, que se condene a la entidad demandada a pagar cotizaciones con destino al Sistema Nacional de Seguridad en Pensiones y girarlos a la entidad que corresponda, con la finalidad de proteger las expectativas pensionales de el prohijado durante el tiempo de su vinculación.

Que se condene a la entidad accionada a reintegrar los dineros que hubiesen sido descontados al salario devengado por mi mandante por concepto de retención en la fuente y se pague la indexación o corrección monetaria, sobre las sumas adeudadas al demandante desde el momento que se debió cancelar cada suma de dinero y hasta cuando se verifique el pago total de las obligaciones, de igual manera que se paguen los intereses de mora, sobre las sumas adeudadas.

Como **fundamentos fácticos**, en la demanda se expuso que, el señor **JOSUE RAFAEL SUAREZ LEONELLES** prestó sus servicios como docente del Servicio Público del Departamento de Sucre, de la planta de docentes de la Entidad Territorial, a través de las denominadas Órdenes Prestación del Servicio durante el tiempo comprendido entre 15/02/2001 al 30/06/2001; 15/02/2002 al 30/06/2002; 15/02/2003 al 15/12/2003.

El actor ejerció sus funciones como docente bajo órdenes y dirección de las autoridades educativas de la entidad demandada en igual calendario y jornada laboral que aquellos docentes que laboran en la actividad estatal de la docencia, cuya vinculación fue mediante acto legal y reglamentario.

Aduce el accionante que mantuvo una relación de carácter laboral con la administración, pues concurren los elementos esenciales de una relación de trabajo: actividad personal del trabajador, continuada subordinación del trabajador respecto a la entidad empleadora y un salario como retribución de servicio.

Señala que a través del Derecho Fundamental de Petición, solicitó al Departamento de Sucre que se reconociera la relación laboral existente y el consecuente pago de las prestaciones sociales causadas.

En el **cargo de nulidad** se invocó la infracción de normas superiores, señalando como tales los artículos 4 y 53 de la Constitución Política, el artículo 104 de la Ley 115 de 1994, el artículo 2 del Decreto 2279 de 1979.

En el **concepto de violación**, se indicó que las labores desarrolladas por el actor, eran las mismas que los docentes de planta y que en el presente caso se configuran los tres elementos de la relación laboral y que las órdenes de prestación de servicio docentes permiten inferir que la administración pretendió evitar el pago de las prestaciones sociales encubriendo la existencia de una verdadera relación laboral, por cuanto se mencionó con anterioridad, la subordinación y la dependencia se encuentra ínsitas en la labor que desarrollan los maestros; es decir, son consustanciales el ejercicio docente.

Dijo la parte demandante, que conforme al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades existía una relación laboral que impone la especial protección del Estado en igual condiciones que los docentes de planta, según los términos de los artículos 13 y 25 de la Carta, razón por la cual el acto acusado resulta anulable, tanto así, que las ordenes de prestación de servicio pretendieron esconder una vinculación de derecho laboral público, desconociendo el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política Colombiana .

1.2 ACTUACIÓN PROCESAL.

- Presentación de la demanda :10 de noviembre de 2015 (Folio 1 - 14)
- Admisión de la demanda: 8 de agosto de 2016 (Folio 29-30)
- Notificación a las partes:25 de abril de 2016 (Folio 39)
- Contestación de la demanda : 23 de junio de 2016 (Folio 52-58)
- Audiencia inicial: 23 de noviembre de 2016 (Folio 89-97), se prescindió de la audiencia de pruebas y se dictó sentencia por escrito dentro de audiencia.
- Recurso de apelación: 02 de diciembre de 2016 (Folio 103-107)
- Audiencia de conciliación : 09 de diciembre de 2016 (117-118)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La entidad accionada contestó la demanda dentro de la oportunidad legal prevista para ello, oponiéndose a las pretensiones y solicitando sean negadas, afirmando

² (Folio 52-58)

que no se puede reconocer un derecho inexistente tal como lo solicita la parte actora, puesto la relación se rigió por una contratación de prestación de servicios, no siendo el demandante empleado del departamento sino contratista independiente.

Agrega que bajo la anterior premisa, no se puede reconocer lo solicitado por el accionante, puesto que el actor no tenía la calidad de empleado público o trabajador oficial que es reglado por un acto administrativo legal y reglamentario, puesto que la relación que existía entre la accionante y la entidad accionada era de un contrato de prestación servicios, formulando las excepciones de inexistencia de la relación laboral y prescripción de los derechos laborales reclamados por el demandante.

1.4 SENTENCIA APELADA ³

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo en sentencia del 23 de Noviembre de 2016, previo análisis del contrato realidad, declaró la nulidad del acto administrativo demandado y a título de restablecimiento del derecho, ordenó que se declarara la relación laboral y se reconociera el valor equivalente las prestaciones sociales en cabeza del accionante que desempeñó su labor como docente atendiendo a los honorarios pactados en cada uno de los contratos como indemnización compensatoria, dichas sumas deben ser liquidadas conforme al valor pactado en los contratos, así como el pago de los aportes al sistema de seguridad social los cuales que le corresponde al accionante durante su vinculación al Departamento de Sucre, laborando así : del 15 febrero de 1 al 30 de junio de 2001; del 15 de febrero al 30 de junio de 2002; del 15 de febrero al 14 mayo de 2003; del 16 de mayo al 30 de junio de 2003; del 15 de junio al 14 de octubre 2003; del 15 de octubre de al 15 de diciembre de 2003. De igual forma, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas al Departamento de Sucre.

1.5 RECURSO DE APELACION ⁴

La parte demandada inconforme con la decisión del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo presentó recurso de apelación solicitando sea revocada la sentencia, con los siguientes argumentos:

³ Folio 89-97

⁴ Folio 103-107

Dijo que la vinculación se dio a través de contratos de prestación de servicios que al tenor del artículo 31 de la Ley 80 de 1993 no genera el pago de prestaciones sociales y que no se comprobó el despliegue de la actividad personal, la continuidad subordinación y la remuneración, y en la relación contractual celebrada con la entidad no se configuró subordinación pues solo se limitó al cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Manifestó su desacuerdo, señalando que la vinculación del accionado no se adelantó por contrato de trabajo sino por contratos de prestación de servicios por un término estipulado en los mismos, pero no se puede dar a entender que el demandante cumplía horario ni tenía subordinación permanente, por lo que no existe relación laboral que genere el pago de prestaciones sociales, siendo que el actor adelantó el objeto por el cual fue contratado, que corresponde al de maestro para impartir enseñanza en las áreas que le hayan sido asignadas y por las que devengó los honorarios que fueron pactados y cancelados en su totalidad.

Apoyado en sentencia sobre la prescripción del Consejo de Estado, afirmó que el demandante tuvo la oportunidad de reclamar sus prestaciones sociales a partir de la última celebración del contrato, esto es hasta el 15 de diciembre de 2003, razón por la cual se debe revocar la sentencia impugnada.

1.6 TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA. Alegatos y concepto del Ministerio Público.

El 17 de abril de 2017 se admite el recurso de apelación (Folio 4 C. de Apelación) y en auto del 16 de mayo de 2017 se corre traslado para alegar en segunda instancia (Folio 9 C. de Apelación), con pronunciamiento de ambas partes así:

La **parte actora**, solicita se confirme la decisión de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito, la cual declaró la prosperidad de las pretensiones de la demanda⁵, reiterando los argumentos expresados en el cuerpo del libelo genitor.

La **parte demandada**, se pronuncia pidiendo se revoque la sentencia de primera instancia reiterando que debió declararse la excepción de prescripción con

⁵ Folios 16 -19 Cuaderno de segunda instancia.

fundamento en la sentencia de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado del 26 de agosto de 2016⁶.

El Ministerio Público no emitió concepto.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. LA COMPETENCIA. El Tribunal es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Recapitulando, la parte actora solicitó el reconocimiento de una relación laboral y el consecuente pago de prestaciones sociales y demás emolumentos laborales que surgen de su vinculación con el Departamento de Sucre en virtud de la celebración de contratos u órdenes de prestación de servicios como docente en los siguientes extremos temporales: Del 15 de febrero de 2001 al 30 de junio de 2001; del 15 de febrero de 2002 al 20 de junio de 2002 y del 15 de febrero de 2003 al 30 de junio de 2003, a lo cual como se vio accedió el *A quo*, ordenando el pago de prestaciones sociales durante dicho lapso, pues encontró configurado el contrato realidad alegado.

La parte demandada muestra su inconformismo y apela la sentencia, señalando que no existió relación laboral sino una vinculación contractual a través de contratos de prestación de servicios sin lugar al pago de prestaciones sociales al tenor del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y porque además se configuró la prescripción de los derechos reclamados.

En orden de lo anterior y conforme los reparos formulados por la parte demandada – recurrente, debe el Tribunal establecer, *¿si sobre los derechos reclamados por la actora en virtud de la aplicación de la teoría del contrato realidad, con excepción de los aportes pensionales, ha operado la figura de la prescripción?*

Para resolver, la Sala abordará los siguientes temas específicos: **(i)** LA teoría del contrato realidad en el sector público – reclamación de los posibles derechos que surjan de su aplicación – prescripción – término **(ii)** el caso concreto.

⁶ Folios 13-15 Cuaderno de segunda instancia.

I. LA TEORÍA DEL CONTRATO REALIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO.

El artículo 53 de la Constitución Política establece el principio protector conocido como primacía de la realidad en las relaciones laborales, según el cual, la materialización, desarrollo y/o ejecución de la labor contratada se imponen sobre aquella formalidad que se haya pactado inicialmente por los sujetos o partes de una relación, queriendo ello decir, que sea cualquiera la modalidad de contratación adoptada formalmente, si en la práctica se reúnen y prueban las condiciones necesarias de una relación laboral (prestación personal del servicio, salario y subordinación) esta debe ser reconocida y privilegiada sobre la formalidad.

Por ello, si bien el artículo 32 de la ley 80 de 1993, pone de manifiesto que el contrato estatal de prestación de servicios, no sólo está autorizado para situaciones que se consideren excepcionales, sino también para aquellas actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, esto es, que tengan que ver con el giro ordinario de sus actividades u objeto social. No obstante, debe aclararse que en la medida en que mediante la celebración de este tipo de contratos se esconda o encubra una verdadera relación laboral con el propósito de desconocer derechos laborales, o en su defecto se celebren para la ejecución de actividades permanentes o misionales, en donde materialización de la actividad o servicio contratado muestra la existencia de los tres elementos de una relación laboral, en especial el elemento subordinación, siendo una situación completamente distinta a lo establecido en el acto contractual, habrá lugar a la declaratoria de existencia de una relación laboral.

La H. Corte Constitucional, ha señalado que “para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada”⁷.

Ahora bien, es menester precisar que quien pretenda ser arropado por la teoría del

⁷ Sentencia C-154-1997

contrato realidad en el sector público, asume la carga probatoria de traer al plenario los elementos que demuestren la desnaturalización del vínculo contractual público, pues en principio la celebración del contrato estatal se entiende celebrado bajo la presunción legal de no dar lugar al pago y reconocimiento de salarios y prestaciones sociales, como lo indica el parágrafo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que reza: “en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”

En tal sentido, el Consejo de Estado considera que:

“se ha denominado contrato realidad aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma”⁸, agregando que, “el inciso 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no contiene una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio que traslade a la entidad contratante la carga de probar que el contratista ejecutó el objeto contractual con autonomía e independencia”

Por ello, la tarea probatoria radica en demostrar la existencia de los tres elementos de una relación laboral, pero de forma cardinal y de sumo relieve, probar que existió una labor que celebrada y ejecutada en virtud de la formalidad de un contrato estatal por razón de la materialización de la misma, emergió subordinada.

En el Contrato de Prestación de Servicios la característica determinante es que carece del elemento de subordinación laboral o dependencia, puesto que la actividad personal contratada se realiza a cuenta propia y con autonomía del contratista, tema específico sobre el cual, la misma Corporación expresó:

“Sobre el elemento en particular de la subordinación laboral, la Corte ha manifestado que es el “poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos. Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización”

⁸ Consejo de Estado, Sección II Subsección B, Sentencia del 4 de febrero de 2016. Radicación número: 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15). C. P. Sandra L. Ibarra.

empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél.⁹(Subrayado fuera del texto)

Así pues, la figura jurídica de la subordinación implica por lo tanto la aptitud que tiene el empleador para impartir órdenes al trabajador que condicionan la prestación del servicio, relacionadas con el comportamiento que tiene que tener el empleado durante el desempeño de sus funciones y con la forma de realizar sus labores¹⁰.

En ese orden, la prestación personal del servicio como elemento de toda relación laboral trae consigo una especial condición cuando se analiza la tesis del contrato realidad en el sector público, puesto que el ejercicio de dicho servicio debe tener origen en un contrato estatal, bajo el entendido, que ello es lo que se pretende desvirtuar, desnaturalizar o desdibujar; claro está, sin llegar a decir, al punto de exigir prueba solemne del mismo, pues de lo que se trata es de probar su ejecución.

Es importante mencionar, que según lo estipulado por el artículo 167 del CGP, aplicable por remisión del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, quien pretenda la prosperidad de las pretensiones, deberá arrimar los elementos de juicio necesarios para demostrar la existencia de una verdadera relación laboral, esto, es debe confirmar probatoria y procesalmente los presupuestos que la componen.

Por ello, quien pretenda ser arropado por la teoría del contrato realidad en el sector público, asume la carga probatoria de traer al plenario los elementos que demuestren la desnaturalización del vínculo contractual público, pues en principio la celebración del contrato estatal se entiende celebrado bajo la presunción legal de no dar lugar al pago y reconocimiento de salarios y prestaciones sociales, como lo indica el párrafo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que reza: "en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable

Frente al elemento subordinación, se ha señalado como la línea divisoria del contrato de prestación de servicios y la relación laboral, pues ello permite acreditar que la vinculación contractual formal, esto que detrás de la labor de contratista se esconde, disfraza una verdadera relación laboral.

Es de recordar que el contrato estatal de prestación de servicios no está vedado para que el Estado o la Administración a través de su celebración persiga el

⁹ Sentencia C-386 de 2000. Posición reiterada en las sentencias T-523 de 1998, T-1040 de 2001 y C-934 de 2004.

¹⁰ Sentencia T-063 de 2006

cumplimiento de fines estatales¹¹, cuando ellos no se puedan celebrar con personal de planta y la labor, no guarde estrecha y directa relación con las actividades administrativas y/o misiones de la entidad territorial, pues ello implicaría, el ejercicio o desempeño de funciones permanentes, para lo cual, la entidad deberá crear los cargos necesarios¹².

De donde se sigue entonces que la subordinación se configura cuando se acredita el desempeño de labores y actividades públicas en las mismas situaciones y condiciones de dependencia de cualquier otro funcionario público¹³, recordando tal como antes se expresó, que el contrato estatal puede ser suscrito para la realización de actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, esto es, que tengan que ver con el giro ordinario de sus actividades u objeto social, sin embargo ello no descarta que la sólo celebración del contrato *per se*, permita en algunos casos presumir la existencia del elemento subordinación¹⁴ por estar ínsita en la misma actividad desplegada, o en otros por virtud del indicio, conlleva el ejercicio de funciones relacionadas con el giro misional de la entidad, o su permanencia y continuidad dan lugar la ejecución de funciones permanentes por contrato de prestación de servicios lo cual se encuentra prohibido¹⁵.

Preciso es traer a colación lo dicho al respecto por el Consejo de Estado, quien señala que es una carga probatoria del actor demostrar la existencia de una relación laboral que desnaturaliza el contrato estatal.

¹¹ ARTÍCULO 3o. Ley 80 de 1993. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

¹² El artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, norma que se encuentra vigente, dispuso: "Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural. // Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. // Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República. // Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.// Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones"

¹³ "Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de dar cumplimiento al principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral" Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, radicado 050012331000199901406 01.

¹⁴ Amén de aquellas labores donde la subordinación se encuentra ínsita en el desarrollo de la misma, como es el caso de los docentes, vigilantes.

¹⁵ Consejo de Estado, sentencia del 15 de mayo de 2013, Sección II Subsección B, Radicación: No.05001233100020010363101. CP. Gerardo Arenas Monsalve.

“CONTRATO REALIDAD – Carga de la prueba / CARGA DE LA PRUEBA - En contrato realidad es del demandante / CARGA PROBATORIA – Demostrar la existencia de una relación laboral que desnaturaliza el contrato estatal. En ese orden, se tiene que el inciso 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no crea una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio. Antes por el contrario, la disposición en cita de manera expresa estableció que en ningún caso se generaría una relación de trabajo, **por lo que, si el contratista recurre a la jurisdicción, está en la obligación de desvirtuar la naturaleza del contrato estatal**, como quiera que es él quien está llamado a demostrar los elementos esenciales o configurativos de una verdadera relación laboral” (negrillas fuera del texto).¹⁶

Por último y por guardar directa relación con el asunto de conocimiento de esta Sala, debe señalarse que cuando se trata de vinculación de docentes al servicio público educativo a través de contratos u órdenes de prestación de servicios, se ha reconocido claramente por la jurisprudencia contenciosa administrativa, que la subordinación se encuentra ínsita y es consustancial con la labor desarrollada, porque la labor docente independiente y siempre corresponde a aquella que de ordinario desarrolla la administración pública a través de sus autoridades educativas, pues no de otra manera puede ejercerse la enseñanza en los establecimientos públicos educativos, sino por medio de los maestros.

Criterio que fue explicado detalladamente por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, en sentencia del 25 de agosto de 2016, en los siguientes términos¹⁷:

“Este criterio coincide con la línea jurisprudencial consolidada¹⁸ de las subsecciones de esta Sala, en el sentido de que la labor del docente contratista no es independiente, sino que el servicio se presta de manera personal y subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación.

Igualmente, es menester anotar que la actividad docente no se desarrolla en virtud de la coordinación imperante en los contratos de prestación de servicios, comoquiera que se cumple conforme a las instrucciones, directrices y orientaciones de sus superiores en el centro escolar, la secretaría de educación

¹⁶ Ídem 3.”

¹⁷ Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.

¹⁸ Al respecto véanse las sentencias de (i) 30 de octubre de 2003 de la subsección B, C.P. Jesús María Lemos Bustamante, número interno 2460-2003, actora: Sonia Stella Prada Cáceres, (ii) 30 de marzo de 2006 de la subsección B, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, expediente 52001-23-31-000-1999-01215-02 (4669-04), demandante: María Carmela Guerrero Benavides, (iii) 14 de agosto de 2008 de la subsección A, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 68001-23-15-000-2002-00903-01 (0157-08), (iv) 1º de octubre de 2009 de la subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, expediente 0488-2009, actor: Liliana Esmeralda Jaimes Jaimes, (v) 4 de noviembre de 2010 de la subsección A, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 0761-2010, actor: Marisel Bohórquez Sarmiento, (vi) 16 de febrero de 2012 de la subsección B, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, expediente 1961-11, actor: María Edilma Barrera Reyes, y (vii) 24 de octubre de 2012 de la subsección A, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, expediente 68001-23-31-000-2003- 02568-01(1201-12), actor: Héctor Alfonso Cáceres Gómez. Nota original de la cita.

territorial y el Ministerio de Educación Nacional, es decir, no bajo su propia dirección y gobierno, de lo cual se infiere que la subordinación y la dependencia se encuentran inmersas en dicha labor, esto es, connaturales al ejercicio docente sujeto a los reglamentos propios del magisterio.

A manera de conclusión y de acuerdo con los derroteros trazados por ambas subsecciones, dirá la Sala que la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes – empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes-contratistas merecen una protección especial por parte del Estado”

Ahora bien, el reconocimiento y aplicación del principio de la primacía de la realidad a una relación inicialmente contractual, no implica conferir la condición de empleado público al contratista, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado¹⁹, punto este que igualmente, acoge la Corte Constitucional, como se puede apreciar en sentencia T- 093 de 2010²⁰.

II. LA FIGURA DE LA PRESCRIPCIÓN EN RECLAMACIONES DERIVADAS DE LA TEORÍA DEL CONTRATO REALIDAD. Estado actual del precedente.

La prescripción como modo de extinción o liberador de las obligaciones laborales, se encuentra regulada en el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público. El artículo 102, prescribe:

“Artículo 102º.- Prescripción de acciones.

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

¹⁹ Sentencia del Consejo de Estado. M.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda. Bogotá, 25 de enero de 2001. Expediente: 1654-2000. Igualmente, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 30 de junio de 2011, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

²⁰ “La Sala de Revisión también debe precisar, como se estableció en la parte 3 de esta sentencia, que el hecho de que se configuren los elementos propios del contrato realidad entre una persona y una institución oficial no significa que se adquiera la calidad de empleado público. La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha definido un límite al alcance del principio de “primacía de la realidad sobre las formas” en los casos en los cuales este se ha aplicado: el respeto de los principios que configuran la función pública. En consecuencia, la regla jurisprudencial que se ha decantado con los diferentes pronunciamientos de estas corporaciones es que ninguna persona puede ser empleado público sin que medien las siguientes condiciones: el nombramiento y la posesión, la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una vacante en la planta de personal y la respectiva disponibilidad presupuestal;

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

En análisis de constitucionalidad, en Sentencia C – 412 de 1997, la Corte Constitucional se refirió a los efectos de la prescripción frente al artículo 53 de la Constitución Política, señalando que el establecimiento de la misma como medio para otorgar seguridad jurídica, no era contraria al núcleo esencial del derecho laboral, expresando que la “prescripción de corto plazo, en estos eventos, busca mayor prontitud en el ejercicio de la acción, dada la supremacía del derecho fundamental, el cual comporta la exigencia de acción y protección oportunas. Así, pues, el legislador no hizo cosa distinta a hacer oportuna la acción; de ahí que lo que, en estricto sentido, prescribe es la viabilidad de una acción concreta derivada de la relación laboral, pero nunca el derecho-deber del trabajo”. En razón de ello, concluyó:

“No se quebranta el derecho de los trabajadores, ni los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 superior, sino que por el contrario, se limita en forma razonable y lógica a establecer que el reclamo del trabajador con respecto a un derecho determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez a partir de la recepción por parte del patrono del respectivo reclamo. Tampoco se contradicen dichos principios, porque la finalidad que persigue el legislador en el asunto materia de examen, es adecuar a la realidad el sentido mismo de la oportunidad, y de otro lado, determinar el lapso de interrupción de la prescripción en materia laboral”²¹.

El Consejo de Estado, en situaciones como la presente, en donde se pretende el reconocimiento de derechos derivados de la aplicación de la teoría del contrato realidad, venía sosteniendo que no había lugar a declarar la prescripción, por cuanto no existía fecha a partir de la cual se pudiera predicar la exigibilidad del derecho^{22,23}. Sin embargo, este criterio ha sido replanteado por el H. Consejo de Estado en su Sección Segunda, bajo la sub regla que la reclamación de los derechos surgidos con ocasión de la relación contractual que inicialmente se pacte con la entidad y que la parte demandante pretende hacer valer, debe hacerse dentro de los tres (3) años siguientes a la terminación del vínculo contractual formal cuya desnaturalización se reclamada judicialmente, so pena que prescriba el

²¹ Igualmente ver sentencia C- 227 de 2009.

²² CONSEJO DE ESTADO SECCION SEGUNDA. Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Bogotá, D. C., diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009). Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05).Actor: Ana Reinalda Triana Viuchi.

²³ Sentencia del Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “B”. C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Bogotá, 04 de marzo de 2010. Expediente: 150012331000200403021 01 (2008-2706). Actor: Fabio Enrique Jiménez P.

derecho a reclamar su existencia y el consecuente pago de los derechos que de ella se derivarían; al respecto:

"(...)

En esta oportunidad, la Sala debe precisar que si bien la anterior es la tesis que se aplica en la actualidad y, en efecto, se reitera que el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; también lo es que el particular debe reclamar de la administración y del juez, el reconocimiento de su relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama.

Lo anterior quiere decir 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." ²⁴

En ese mismo sentido, la misma Sección reitera que²⁵:

En materia de contrato realidad, en aquellos casos en que se accede a las pretensiones de la demanda, esta Sección ha concluido la no prescripción de las prestaciones causadas con ocasión de la relación contractual, en tanto la exigibilidad de los derechos prestacionales en discusión, es imposible con anterioridad a la Sentencia que declara la existencia del vínculo laboral, dado su carácter constitutivo, de manera pues, que es a partir de tal decisión que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podría operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo²⁶.

No obstante lo anterior, esta Corporación precisa y aclara en esta oportunidad que el carácter constitutivo de la sentencia que declara la existencia de un contrato realidad no releva al interesado de su deber de reclamar en sede administrativa el reconocimiento del vínculo laboral y el consecuente pago de las prestaciones sociales, dentro del término de tres años siguientes a la terminación del último contrato, so pena de que opere la prescripción de su derecho.

Sobre el particular, en recientes pronunciamientos esta Sala ha considerado que los interesados tienen la obligación de hacer el reclamo ante la administración dentro de un plazo razonable²⁷, que no puede exceder el de la prescripción de los derechos prestacionales y salariales que reclama²⁸. "En otras palabras, debe decirse que una vez finalizada la relación contractual inicialmente pactada, el interesado debe reclamar ante la administración la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de tres (3) años, so pena de que prescriban los derechos salariales y prestacionales derivados de la referida relación laboral".²⁹

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 09 de abril de 2014. C.P. Luís Rafael Vergara Quintero, expediente No. 20001233100020110014201(013113). Actor: Rosalba Jiménez Pérez y otros.

²⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, sentencia del 13 de mayo de 2015, REF: EXPEDIENTE No. 680012331000200900636 01 NÚMERO INTERNO: 1230-2014. C. P. Sandra L. Ibarra Vélez.

²⁶ Sentencia de 6 de marzo de 2008. Radicado No. 2152-06. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Expediente No 11001-03-15000-2014-01819-00.

²⁸ Sobre el particular, ver también la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia de 9 de abril de 2014, Radicación No. 2011-00142-01 (0131-13).

²⁹ Sentencia de 27 de noviembre de 2014, Expediente No 3222 de 2013, previamente citada.

Es decir, que si bien es cierto bajo la figura del contrato realidad se reconocen los derechos y prestaciones teniendo en cuenta que su prescripción se cuenta a partir de la decisión judicial, también lo es que el interesado debe atender la normativa procedimental y, por lo tanto, acatar los términos de caducidad y prescripción una vez finalizado el vínculo contractual.

5.1.1. La prescripción en el caso concreto.

Encuentra esta Subsección que en el sub lite no se presentó la figura de la prescripción en la que insistió la parte accionada al sustentar la apelación, pues en el presente caso la Sentencia tiene carácter constitutivo del derecho y, adicionalmente, la demandante elevó oportunamente la reclamación ante la administración una vez culminó el vínculo contractual. En efecto, el último contrato celebrado se ejecutó hasta el 15 de febrero de 2008 y la petición prestacional se elevó el 16 de febrero siguiente, esto es, dentro de los tres años siguientes³⁰

Nuevamente en sentencia del 21 de abril de 2016 se expone que:

“En cuanto a la prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, otrora esta Sección concluyó sobre su no prescripción, en tanto su exigibilidad es imposible antes de que se produzca la sentencia, porque es en tal decisión judicial en la que se declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo; es decir, que es a partir del fallo, que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podía operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo.

Sin embargo, con el paso del tiempo se determinó, que aunque es cierto, que es desde la sentencia, que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es, que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los

³⁰ En este recorrido, se debe anotar que en proveído del 19 de febrero de 2015, Radicación número: 47001-23-33-000-2012-00016-01(3160-13), la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, Subsección A, con ponencia del Consejero Gustavo Gómez A., sobre el tema de prescripción en contrato realidad, recogiendo su postura al respecto señaló:

"DERECHOS PRESTACIONALES DERIVADOS DEL CONTRATO REALIDAD – Prescripción / SENTENCIA CONSTITUTIVA – Declara la existencia de la relación laboral / SOLICITUD DE PRESTACIONES SOCIALES – Derivados del contrato realidad / PRESCRIPCION – 5 años a la fecha de terminación del último contrato En cuanto a la prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, otrora esta Sección concluyó sobre su no prescripción, en tanto su exigibilidad es imposible antes de que se produzca la sentencia, porque es en tal decisión judicial en la que se declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo; es decir, que es a partir del fallo, que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podía operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo. Sin embargo, con el paso del tiempo se determinó, que aunque es cierto, que es desde la sentencia, que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es, que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa, que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a 3 años. Y en la actualidad, se ha determinado que el plazo razonable en el que se debe petitionar el pago de las prestaciones derivadas del vínculo laboral, es de 5 años siguientes a la fecha de terminación del último contrato; fecha que mutatis mutandi puede asimilarse al acto de retiro, acorde con lo estipulado por el artículo 66 del C.C.A., en armonía con los principios de preclusión, seguridad jurídica, razonabilidad, ponderación y diligencia que deben acompañar las actuaciones de los administrados. Teniendo en cuenta el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a los contratos realidad, se concluye en cuanto a su configuración, que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva, y en particular, la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega, no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito. Y en lo que concierne a la prescripción está determinado, que el plazo razonable con el que cuenta el accionante para solicitar la declaratoria de la existencia del vínculo laboral y el pago de los derechos laborales subyacentes, es de 5 años siguientes a la terminación del último contrato"

derechos que pretende; lo que significa, que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a 3 años

Teniendo en cuenta el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a los contratos realidad, se concluye en cuanto a su configuración, que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva, y en particular, la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega, no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito.

Y en lo que concierne a la prescripción está determinado, que el plazo razonable con el que cuenta el accionante para solicitar la declaratoria de la existencia del vínculo laboral y el pago de los derechos laborales subyacentes, es de 3 años siguientes a la terminación del último contrato”.³¹

Punto de vista, reafirmado en sentencia del 27 de abril de 2016 en los siguientes términos:

“CONTRATO REALIDAD – Prescripción de los derechos prestacionales. Desarrollo jurisprudencial. Los derechos que se desprenden del contrato realidad deben reclamarse dentro de los 3 años siguientes a la terminación del contrato de prestación de servicios. En cuanto a la prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, otrora esta Sección concluyó sobre su no prescripción, en tanto su exigibilidad es imposible antes de que se produzca la sentencia, porque es en tal decisión judicial en la que se declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo; es decir, que es a partir del fallo, que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podía operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo. Sin embargo, con el paso del tiempo se determinó, que aunque es cierto, que es desde la sentencia que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es, que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa, que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a tres años”³²

Consistente en su postura, el Tribunal Rector de lo C. A., en sentencia del 16 de junio de 2016, expediente No. 08001233100020030224901, Radicado interno 1317-15, reiteró la sub regla jurídica sobre prescripción de la reclamación, manifestando:

“Lo anterior quiere decir que si bien es cierto, conforme al criterio fijado por la Sala de la Sección Segunda, sólo 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 la relación laboral 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”³³.

³¹ CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCIÓN A. Expediente No. 05001 23 31 000 2005 00902 01 (3147–2014). C. P. Gabriel Valbuena Hernández.

³² CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA SEUBSECCIÓN A. Expediente No. 66001-23-31-000-2012-00241-01(2525-14). C. P. Gabriel Valbuena Hernández

³³ CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA SUBSECCIÓN A. C. P. Luis R. Vergara Quintero

En sentencia del 15 de septiembre de 2016, igualmente se dispuso:

"En cuanto a la prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, el Consejo de Estado concluyó sobre su no prescripción, en tanto su exigibilidad es imposible antes de que se produzca la sentencia, porque es en tal decisión judicial en la que se declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo; es decir, que es a partir del fallo que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podía operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo

Sin embargo, con el paso del tiempo se determinó, que aunque es cierto, que es desde la sentencia, que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es, que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa, que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a tres años"³⁴

Es pertinente señalar, que la Subsección B de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, igualmente había sentado postura en el mismo sentido³⁵, determinando respecto la prescripción:

En esos términos, la propia Sección Segunda precisó el alcance del precedente fijado en la sentencia del 19 de febrero de 2009, en el sentido de acceder al restablecimiento del derecho solo en los casos en que la parte demandante reclamó ante la administración "máximo dentro de los 3 años siguientes a su retiro y luego haya acudido en término ante esta jurisdicción", interpretación que resulta razonable en la medida que es injustificable la inactividad de los demandantes desinteresados que reclaman el pago de acreencias laborales muchos años después de que se han hecho exigibles.

En otras palabras y de acuerdo a la posición jurisprudencial citada en precedencia, se hace necesario que el interesado una vez haya fenecido la relación contractual estatal regida por el artículo 32 de la ley 80 de 1993, debe reclamar la declaración ante la administración 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 [...]"

La anterior línea decisional se consolida y define con la **Sentencia de Unificación CE-SUJ2 No. 5 de 2016, del 25 de agosto de 2016 proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda** del H. Consejo de Estado³⁶, donde luego de un extenso y riguroso análisis del devenir de la teoría del contrato realidad en la Sección, se unificó postura sobre el término prescriptivo de la reclamación, los derechos a reconocer y la condición de su reconocimiento, así

³⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ Bogotá D. C., quince (15) de septiembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 68001-2331-000-2009-00691-01 (1579-2015)

³⁵ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCION B – C.P. DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ BOGOTÁ D.C. - DIEZ (10) DE DICIEMBRE DE DOS MIL QUINCE (2015) EXPEDIENTE: 250002325000 201101040 01 (0725-2014) - DEMANDANTE: JOHN EDGAR ALDANA RICO - DEMANDADO: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS, EN SUPRESION TRAMITE: DECRETO 01 DE 1984 ASUNTO: CONTRATO REALIDAD.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda. Radicación No. 23001233300020130026001. C. P. Carmelo Perdomo C. Actor: LUCINDA MARÍA CORDERO CAUSIL Demandado: MUNICIPIO DE CIÉNAGA DE ORO (CÓRDOBA)

como la imprescriptibilidad del derecho a reclamar aportes pensionales derivados del contrato realidad.

"3.5 Síntesis de la Sala. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales: 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: (...) 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 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"

Así las cosas, la sub regla jurídica vigente de la Corporación Suprema de lo Contencioso Administrativo y precedente aplicable³⁷, entendido este "como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla – prohibición, orden o autorización – determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes",

³⁷ Sentencia T- 292 de 2006. Citada por Manuel Fernando Quinche Toro, en su texto, "el precedente judicial y sus reglas". Página 38. Ediciones doctrina y ley.

indica que las reclamaciones laborales que se deriven de la teoría del contrato realidad por celebración de contratos de prestaciones de servicios, deben ser realizadas dentro de los tres (3) años siguientes a la terminación del vínculo contractual – formal que se pretende desvirtuar, amén de lo expuesto frente al tema de aportes pensionales.

III. EL CASO CONCRETO.

Las ordenes de prestación de servicios obrantes a folios 29 a 31 y la certificación que se aprecia a folio 25 del cuaderno de primera instancia, documentos que dicho sea de paso no fueron objeto de reproche probatorio alguno en el curso del proceso, demuestran que el señor JOSUE RAFAEL SUAREZ LEONELLES, fue vinculado formalmente como **docente** del Departamento de Sucre mediante ORDENES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS, en la Institución Educativa María Inmaculada de Toluviejo, durante los siguientes periodos: del 15 de febrero de 2001 al 30 de junio de 2001, del 15 de febrero de 2002 al 20 de junio de 2002, del 15 de febrero de 2003 al 30 de junio de 2003, 15 de julio al 14 de octubre de 2003 y del 15 de octubre de 2003 al 31 de diciembre de 2003.

El demandante **formuló reclamación al Departamento de Sucre solo hasta el 5 de junio de 2015**, solicitando el reconocimiento y pago de prestaciones y derechos derivados de la existencia de una relación laboral generada en la celebración de contratos de prestación de servicios como docente del servicio público educativo del Departamento de Sucre, en el periodo comprendido entre el 2001, 2002 y 2003, como lo confirma procesalmente la documental obrante a folios 16 a 18 del cuaderno de primera instancia.

En aplicación de las premisas jurisprudenciales relativas al contrato realidad y en especial al elemento subordinación, la cual se encuentra ínsita en la labor desarrollada por los docentes, la conclusión a la cual arribó el Despacho de Primera instancia frente al reconocimiento de la relación laboral, es compartida por la Sala.

Sin embargo, de la prueba introducida al proceso por la parte demandante para soportar su pretensión, la Sala observa que la reclamación de los derechos que se derivarían de la aplicación de la teoría del contrato realidad a la vinculación contractual inicialmente pactada con la entidad territorial demandada, fue realizada por fuera de los tres (3) años, establecidos en la sub regla jurídica vigente de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado delineada anteriormente.

En efecto, la última vinculación contractual como se anotó data del año 2003 y la petición en sede administrativa fue presentada el 5 de junio de 2015, fecha para la cual había transcurrido en exceso, el término prescriptivo de tres (3) años establecido para acudir al reclamo judicial de los derechos que pudieren surgir de la aplicación de la teoría del contrato realidad.

El límite temporal establecido para reclamar los derechos e indemnizaciones que puedan surgir de la aplicación del principio de la primacía de la realidad y develar el verdadero alcance que subyace de una relación formal contractual, en nada se opone a la naturaleza constitutiva de la sentencia que se dicte dentro del proceso que acoja las pretensiones, puesto que la obligación impuesta por virtud de la sentencia no es la que crea la posibilidad de reclamo de la aplicación de la tesis del contrato realidad, sino la vulneración del artículo 53 de la Constitución Política.

Debe anotar, esta Sala que con la aplicación del precedente vigente de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, en materia de prescripción en el contrato realidad, no se vulnera el principio de confianza legítima ni la seguridad jurídica, puesto, que en el presente asunto la relación contractual data de los años 2001, 2002 y 2003, fecha para la cual, el precedente de la Sala Laboral del Consejo de Estado, se inclinaba claramente a la aplicación de la misma tesis que en los actuales momentos se profesa, que como se vio líneas antes, en nada se opone a los principios constitucionales del derecho del trabajo, siendo línea de pensamiento que comparte la Corte Constitucional.

En ese orden, las prestaciones sociales que se derivarían del contrato realidad que existió entre las partes se encuentran afectadas por la prescripción, excepto los aportes pensionales.

De conformidad con el mandato establecido en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, el Juez Administrativo puede decretar probada de oficio las excepciones propuestas y las demás que encuentre debidamente probadas, razón por la cual, al configurarse la prescripción de las prestaciones sociales reclamadas en aplicación de la teoría del contrato realidad, la Sala modificará sentencia de primera instancia.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA. Por haber prosperado parcialmente el recurso de apelación la Sala se abstiene de condenar en costas en esta instancia. Lo anterior con fundamento en el artículo 365 del CGP.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, SALA TERCERA DE DECISIÓN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción de las prestaciones sociales tales como cesantías, primas de servicios, de navidad, dotación, subsidio familiar, vacaciones, auxilio de transporte derivadas del contrato realidad reconocido en la sentencia de primera instancia, conforme las consideraciones expresadas en la parte motiva de esta sentencia.

En consecuencia, **se revoca parcialmente el numeral TERCERO de la sentencia en cuanto declaró no probada la excepción de prescripción.**

SEGUNDO: MODIFÍCASE el numeral SEGUNDO de la Sentencia proferida el 23 de septiembre de 2016 por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, el cual quedará así:

*"**TERCERO:** A título de restablecimiento del derecho, el tiempo laborado por el señor JOSUE RAFAEL SUAREZ LEONELLES bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, se debe computar para efectos pensionales: en consecuencia, se condena al Departamento de Sucre a que consigne en el Fondo o Entidad de Seguridad Social que elija la actora, el valor de las cotizaciones dejadas de sufragar durante el término de la relación laboral en el porcentaje correspondiente al empleador"*

TERCERO: En lo demás, **CONFÍRMASE la sentencia apelada**

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

QUINTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI" y en los libros radicadores.

Esta providencia se discutió y aprobó en Sala, conforme Acta N 109 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA