



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE  
SALA TERCERA DE DECISIÓN.**

**Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas**

Sincelejo, catorce (14) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

**ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**  
**M DE C: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**  
**PROCESO: 700013333008-2015-00038-01-01**  
**DEMANDANTE: RAFAEL ADOLFO SANMARTÍN ORTIZ**  
**DEMANDADO: MUNICIPIO DE SINCELEJO.**

**OBJETO DE LA DECISIÓN**

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 19 de diciembre de 2016, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

**1. ANTECEDENTES**

**1.1. LA DEMANDA<sup>1</sup>.**

El señor RAFAEL ADOLFO SANMARTÍN ORTIZ, por conducto de apoderado judicial **formula demanda en contra del Municipio de Sincelejo, solicitando se declare la nulidad de los actos administrativos contenido en el Oficio No. 800.741.08.2015 del 25 de agosto de 2015 y la Resolución No. 3929 del 23 de septiembre de 2015, por medio de los cuales** el Municipio de Sincelejo negó el reconocimiento de una relación laboral y el consecuente pago de prestaciones sociales derivadas de su vinculación como Docente a través de contratos de prestación de servicios.

A título de restablecimiento del derecho, pide se reconozca la existencia de una relación laboral con el Municipio de Sincelejo y el consecuente pago de prestaciones sociales que el régimen prestacional y laboral de docentes establece, así como la indexación de valores dejados de cancelar, que se generaron por razón de dicha relación laboral.

---

<sup>1</sup> Fol. 1 -9 C. Ppal.

En sustento de sus pretensiones, ***la parte actora afirmó en su demanda*** que:

El demandante fue contratado bajo la modalidad de prestación de servicios como docente en el Municipio de Sincelejo desde el 17 de febrero de 2003 hasta el 19 de diciembre de 2003 y que los contratos fueron celebrados de forma sucesiva.

Las labores fueron cumplidas en igual forma que los demás docentes de planta vinculados mediante relación legal y reglamentaria por el municipio de Sincelejo y bajo órdenes y en completa dirección y subordinación de la administración municipal e idéntico calendario y jornada laboral del resto de personal docente.

Entre las partes surgió una relación laboral, cumpliéndose los requisitos de prestación personal del servicio, remuneración y subordinación, al igual que quienes se encuentran nombrados en propiedad, agregando que en el tiempo laborado no hubo solución de continuidad, desempeñando sus labores sin interrupción alguna durante 1 año.

## **1.2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>2</sup>**

No contestó la demanda.

## **1.3. AUDIENCIA INICIAL<sup>3</sup>.**

La audiencia inicial tuvo lugar el 14 de diciembre de 2016, a la cual concurrieron los apoderados de las partes y el delegado del Ministerio Público ante los Juzgados Administrativos, en la cual se agotaron las etapas procesales de la misma, fijando el litigio en determinar si hay lugar a desnaturalización del contrato estatal celebrado entre las partes, si había lugar a la reparación y pago de prestaciones sociales derivado de dicha desnaturalización y si se había configurado el fenómeno de la prescripción.

Siguiendo con el desarrollo de la audiencia el despacho de primera instancia, procedió a la incorporación de pruebas aportadas por las partes y prescindió de la audiencia de pruebas por no existir pruebas que practicar, ordenando a las partes presentar sus alegatos por escrito de conformidad con el inciso final del artículo 179 de la Ley 1437 de 2011.

Escuchados los alegatos de las partes y el concepto del Ministerio Público, el Juzgado en aplicación del inciso final del artículo 179 en concordancia con el artículo 182 de la

---

<sup>2</sup> Folios 56 y 57 auto que convoca a audiencia inicial.

<sup>3</sup> Folios 67 – 71. Ver CD.

Ley 1437 de 2011, informó el sentido del fallo y dispuso que consignaría los argumentos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de la audiencia inicial.

Al indicar el sentido del fallo el A quo, dispuso que accedería a las pretensiones de la demanda parcialmente, decretando la nulidad de los actos administrativos demandados por estar incurso en la causal de falsa motivación y violación e infracción de normas en que debía soportarse, a título de restablecimiento ordenó al Municipio de Sincelejo reconocer y pagar los aportes pensionales durante la vinculación como docente por el periodo comprendido entre el 17 de febrero de 2003 y el 19 de diciembre de 2003, declarando de oficio la excepción de prescripción para la reclamación de las demás prestaciones sociales.

Po último señaló que el texto completo de la sentencia sería consignado por escrito dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de la audiencia inicial.

### **1.3. LA SENTENCIA IMPUGNADA<sup>4</sup>**

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo el 19 de diciembre de 2016, dicta sentencia escrita conforme se dispuso en la audiencia inicial.

El A quo, previo análisis de la figura del contrato realidad en la jurisprudencia del H. Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, consideró que se encontraba demostrada la existencia de una relación laboral entre las partes derivada de la realización de funciones como Docente.

En tal orden, declaró la nulidad de los actos administrativos demandados y a título de restablecimiento del derecho condenó al Municipio de Sincelejo a pagar los aportes pensionales correspondientes al empleador por el periodo comprendido entre el 17 de febrero de 2003 al 19 de diciembre de 2003, declarando la prescripción sobre las demás prestaciones reclamadas. Asimismo, condenó en costas a la entidad territorial.

En sustento de la condena expresó que pese a que el actor estuvo vinculado con el ente territorial como docente mediante la modalidad de contratos u órdenes de prestación de servicios, indudablemente desempeñaba labora de manera personal y subordinada, recibiendo una renunciación como contraprestación. Por ello, concluyó que entre las partes se dio una relación de naturaleza jurídica laboral, que surgió de la vinculación a través de contratos de prestación de servicios para el desarrollo de la actividad de docencia, en el cual conforme las pautas jurisprudenciales, la subordinación se

---

<sup>4</sup> Fols. 78-86 Cuaderno de Primera instancia.

encuentra ínsita en la labor misma, sin embargo estimó que por prescripción se le había extinguido al derecho a percibir los valores correspondientes a las prestaciones sociales con excepción de los aportes pensionales, puesto que la reclamación ante la Secretaria de Educación del Municipio de Sincelejo fue formulada el 28 de julio de 2015, por fuera de los tres años posteriores a la terminación del vínculo contractual.

#### **1.4. EL RECURSO DE APELACIÓN.**

Ambas partes presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

**La parte demandante** expresó que el A quo no tuvo en cuenta que el Consejo de Estado ha venido señalando que no procede la figura de la prescripción en los casos donde se discute la existencia de un contrato realidad, apoyándose en especial en la sentencia de la Sección Segunda del 19 de febrero de 2009, donde se consideró que la sentencia tiene naturaleza constitutiva y solo a partir de la misma nace el derecho, razón por la cual la sentencia de primera instancia lesiona los derechos de la demandante, razón por la cual solicita se revoque el numeral tercero de la sentencia en punto de la declaratoria de la excepción de prescripción<sup>5</sup>.

Por su parte, **el Municipio de Sincelejo**<sup>6</sup> impugna la sentencia solicitando se revoque el numeral segundo y quinto de la parte resolutive la sentencia, en las cuales se dispuso, el pago de los aportes pensionales y la condena en costas impuestas a la entidad.

Para el efecto, considera que no existen pruebas que el actor sufragó directamente los aportes pensionales durante el tiempo que estuvo vinculada mediante contrato de prestación de servicios con el municipio de Sincelejo y por tanto no hay lugar a reparación del daño por dicho concepto, porque precisamente no hay daño emergente y por ende no debió emitirse condena por este aspecto.

Frente a la condena en costas, estimó que como quiera que la sentencia debió negar todas las pretensiones de la demanda, como consecuencia lógica se debe absolver al ente territorial del pago de costas judiciales.

#### **1.5. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN POR FALLO CONDENATORIO Y CONCESIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN.**

El 23 de marzo de 2017 se llevó a cabo la audiencia de conciliación de que trata el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, la cual fue declarada fallida por ausencia de animó

---

<sup>5</sup> Folios 91-92 Cuaderno de primera instancia.

<sup>6</sup> Folios 93-94 Cuaderno de primera instancia.

conciliatorio, procediéndose en consecuencia a conceder los recursos interpuestos por las partes contra la sentencia de primera instancia<sup>7</sup>.

### **1.6. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA. Alegatos de conclusión en segunda instancia<sup>8</sup>.**

En auto del 28 de abril de 2017 se admiten los recursos de apelación y por auto del 23 junio de 2017, se ordena correr traslado a las partes para alegar y concepto del Ministerio Público, oportunidad procesal que transcurre sin pronunciamiento alguno, como lo informa la nota Secretarial obrante a folio 13 del cuaderno de segunda instancia.

## **2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

### **2.1. LA COMPETENCIA.**

Al tenor del artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, el Tribunal es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo.

### **2.2. PROBLEMA JURÍDICO.**

Acorde con los reparos formulados por las partes en su recurso de apelación, debe establecer la Sala, *¿si sobre los derechos reclamados por la actora en virtud de la aplicación de la teoría del contrato realidad, ha operado la figura de la prescripción y si hay lugar al pago de aportes pensionales en favor de la parte actora por el periodo comprendido entre el 17 de febrero de 2003 al 19 de diciembre de 2003?*

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.

### **I. TEORIA 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

<sup>7</sup> Folios 103-105 Cuaderno de primera instancia.

<sup>8</sup> Folios 1-13 Cuaderno de segunda instancia.

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 elementos 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”<sup>9</sup>.

Ahora bien, es menester precisar que 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”

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

---

<sup>9</sup> Sentencia C-154-1997

donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma"<sup>10</sup>, 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, puesto que en el contrato de prestación de servicios la característica determinante es 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 empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél."<sup>11</sup>(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 labores"<sup>12</sup>.

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

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> Sentencia C-386 de 2000. Posición reiterada en las sentencias T-523 de 1998, T-1040 de 2001 y C-934 de 2004.

<sup>12</sup> Sentencia T-063 de 2006

existencia de una verdadera relación laboral, esto, es debe confirmar probatoria y procesalmente los presupuestos que la componen.

En orden de lo expuesto, quien pretenda ser arropado por la teoría del contrato realidad en el sector público, asume la carga 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"*.

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 cumplimiento de fines estatales<sup>13</sup>, 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 necesarios<sup>14</sup>.

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. 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 público<sup>15</sup>, 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

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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"

<sup>15</sup> "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.

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 subordinación<sup>16</sup> 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 prohibido<sup>17</sup>.

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.

“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” (negritas fuera del texto).<sup>18</sup>

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 términos<sup>19</sup>:

<sup>16</sup> Amén de aquellas labores donde la subordinación se encuentra ínsita en el desarrollo de la misma, como es el caso de los docentes, vigilantes.

<sup>17</sup> Consejo de Estado, sentencia del 15 de mayo de 2013, Sección II Subsección B, Radicación: No.05001233100020010363101. CP. Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>18</sup> Ídem 3.”

<sup>19</sup> Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.

“Este criterio coincide con la línea jurisprudencial consolidada<sup>20</sup> 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 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 Estado<sup>21</sup>, punto este que igualmente, acoge la Corte Constitucional, como se puede apreciar en sentencia T- 093 de 2010<sup>22</sup>. Sin embargo en la Sentencia de unificación citada ut supra, sobre el reconocimiento de los derechos derivados del contrato realidad, se decantó que el mismo tiene el carácter de restablecimiento del derecho.

<sup>20</sup> 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 Jaimés Jaimés, (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.

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> “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;

## 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.
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”<sup>23</sup>.

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

<sup>23</sup> Igualmente ver sentencia C- 227 de 2009.

fecha a partir de la cual se pudiera predicar la exigibilidad del derecho<sup>24-25</sup>. 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 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.”<sup>26</sup>

En ese mismo sentido, la misma Sección reitera que<sup>27</sup>:

“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 extintivo<sup>28</sup>.

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.

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> Sentencia de 6 de marzo de 2008. Radicado No. 2152-06. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

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 razonable<sup>29</sup>, que no puede exceder el de la prescripción de los derechos prestacionales y salariales que reclama<sup>30</sup>. "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".<sup>31</sup>

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 siguientes"<sup>32</sup>

<sup>29</sup> 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 N° 11001-03-15000-2014-01819-00.

<sup>30</sup> 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).

<sup>31</sup> Sentencia de 27 de noviembre de 2014, Expediente N° 3222 de 2013, previamente citada.

<sup>32</sup> En este recorrido, se debe anotar ue 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 se hace 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 peticionar 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, la 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"*

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

Teniendo en cuenta el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a los "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.

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".<sup>33</sup>

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"<sup>34</sup>

<sup>33</sup> CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCIÓN A. Expediente No. 05001 23 31 000 2005 00902 01 (3147-2014). C. P. Gabriel Valbuena Hernández.

<sup>34</sup> CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA SEUBSECCIÓN A. Expediente No. 66001-23-31-000-2012-00241-01(2525-14). C. P. Gabriel Valbuena Hernández

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 de la existencia de la relación laboral debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento 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 del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración”<sup>35</sup>.

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”<sup>36</sup>

Es pertinente señalar, que la Subsección B de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, igualmente había sentado postura en el mismo sentido<sup>37</sup>, 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

<sup>35</sup> CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA SUBSECCIÓN A. C. P. Luis R. Vergara Quintero

<sup>36</sup> 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)

<sup>37</sup> 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 2011101040 01 (0725-2014) - DEMANDANTE: JOHN EDGAR ALDANA RICO - DEMANDADO: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS, EN SUPRESION TRAMITE: DECRETO 01 DE 1984 ASUNTO: CONTRATO REALIDAD.

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 Estado<sup>38</sup>, 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 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 relacionadas 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

<sup>38</sup> 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)

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 aplicable<sup>39</sup>, 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”, indica que la 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.

Recapitulando, el actor solicitó el reconocimiento de una relación laboral con el Municipio de Sincelejo durante los tiempos que estuvo vinculado como Docente través de órdenes de prestación de servicios desde el 17 de febrero al 19 de diciembre de 2003.

El A quo, encontró acreditado el contrato realidad alegado y por tanto condenó al municipio de Sincelejo al pago de aportes pensionales en lo correspondiente al porcentaje del empleador; declarando la prescripción de las demás prestaciones sociales reclamadas por la parte actora como consecuencia de la relación laboral.

#### • ANÁLISIS DE REPAROS FORMULADOS POR LA PARTE DEMANDANTE.

Se encuentra confirmado procesalmente, a través de prueba documental, la cual dicho sea de paso, no fue objeto de reproche probatorio alguno por la parte demandada, que el señor RAFAEL ADOLFO SANMARTÍN ORTÍZ, estuvo vinculado formalmente como **docente del Municipio de Sincelejo, a través de** órdenes de prestación de servicios como Docente en la Institución Educativa San Isidro de Chocho, de forma sucesiva desde el 17 de febrero al 19 de diciembre de 2003<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> 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.

<sup>40</sup> Al respecto ver Folios 31-35 del cuaderno de primera instancia, donde reposan las autorizaciones y órdenes de prestación de servicios educativos, así como certificación de tiempo de servicios y tipo de vinculación.

De igual forma, está probado que la **demandante formuló reclamación al municipio de Sincelejo solo hasta el 28 de julio de 2015<sup>41</sup>**, 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 municipio de Sincelejo en el periodo comprendido **el 17 de febrero al 19 de diciembre de 2003**.

Partiendo de dicha premisa fáctica probada y en aplicación de las sub reglas construidas por el precedente del Consejo de Estado sobre el contrato realidad y en especial sobre el elemento subordinación para el caso de docentes vinculados mediante contratos u órdenes de prestación de servicios, indicando que la misma se encuentra ínsita en la labor desarrollada por los docentes, la conclusión a la cual arribó el Despacho de Primera instancia, es correcta frente a la declaratoria del contrato realidad entre las partes.

No obstante, la prueba introducida al proceso por la parte demandante para soportar su pretensión, permite a esta Sala afirmar 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 vinculación contractual data del año 2003 y la petición en sede administrativa, como se anotó fue presentada el 28 de julio 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, punto en el cual emerge la confirmación sentencia frente al reparo formulado por la parte actora en contra de la declaratoria de prescripción.

Declaratoria que no transgrede los derechos de la actora, puesto que el límite temporal prescriptivo establecido para acudir a sede judicial a reclamar los derechos 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 de 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.

---

<sup>41</sup> folios 13 a 20 del cuaderno de segunda instancia

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 1996 a 1998, 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, siendo oportuno reiterar, 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, tal como lo expuso el A quo.

- **ANÁLISIS DE REPAROS FORMULADO POR LA PARTE DEMANDADA.**

De conformidad con lo expuesto por la Sala Laboral de H. Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación citada en acápites previos, el reconocimiento que se hace al contratista por virtud del contrato realidad, **se realiza a título de restablecimiento del derecho.**

Al efecto, se argumentó por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado:

“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 entidad.

Por consiguiente, no resulta procedente condenar a la agencia estatal demandada al pago de las prestaciones a las que tenía derecho el contratista-trabajador a título de reparación integral de perjuicios, dado que estas se reconocen como efecto de la anulación del acto que las negó, pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, esto es, a pesar de tener una remuneración constituida por los honorarios pactados, le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo.

Pero lo anterior no es óbice para que la persona (demandante) reclame el pago de los perjuicios que estime le fueron causados por el acto presuntamente ilegal, pues en virtud del artículo 138 del CPACA "Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño", sin embargo, aquellos deben acreditarse a través de los medios probatorios que el sistema normativo prevé.

Ahora bien, 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"

Determinándose en la misma providencia de unificación que por guardar analogía fáctica cerrada frente al pago de aportes pensionales, lo siguiente:

"Pese a lo anotado, en atención a que los aportes al sistema de seguridad social inciden en el derecho pensional, que es imprescriptible, tal como se explicó en precedencia, la accionada deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1° de julio de 1986 y el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora".

En ese orden y dado que la argumentación del recurso del municipio de Sincelejo se funda en la ausencia de prueba del daño emergente para ordenar a título de reparación el pago de aportes pensionales, el mismo no está llamado a prosperar, pues ello contraría la sentencia de unificación de la Sección Segunda y dejaría sin efecto útil la premisa consistente en darle efectos pensionales a los tiempos en los cuales se realizó vinculación mediante órdenes de servicios o contratos de prestación de servicios que derivaron en una relación laboral.

Frente a la condena en costas impuesta en la primera instancia, como la argumentación del recurso formulado por la parte demandada estribaba solamente en que debía revocarse la sentencia en lo relacionado al pago de aportes, al no existir revocatoria de la decisión no hay lugar absolver de costas en primera instancia, atendiendo además las reglas objetivas traídas por el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

De lo expuesto, surgiría la confirmación de la sentencia de primera instancia, no obstante, teniendo en cuenta que ambas partes apelaron, hay lugar a modificar el

numeral segundo de la sentencia apelada, en el sentido de precisar que el reconocimiento que surge del contrato realidad, se realiza, acorde la sentencia de unificación citada previamente, a título de restablecimiento del derecho y no de reparación del daño, así como la forma en que ha de operar dicho restablecimiento, el cual quedara así:

*"SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, el Municipio de Sincelejo – Sucre, a título de restablecimiento del derecho deberá tomar, durante el tiempo que la actora estuvo vinculada mediante ordenes de prestación de servicios, salvo sus interrupciones, el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora"*

**COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.** Al no prosperar los recursos de apelación formulados por las partes, 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, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

#### **FALLA**

**PRIMERO: MODÍFIQUESE el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia proferida el 19 de diciembre de 2016 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo, el cual quedará así:**

*"SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, el Municipio de Sincelejo – Sucre, a título de restablecimiento del derecho deberá tomar, durante el tiempo que la actora estuvo vinculada mediante ordenes de prestación de servicios, salvo sus interrupciones, el ingreso base de*

*cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora”*

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

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia.

**CUARTO:** 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° 130 de la fecha.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

**CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS**

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA**