



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

**Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas**

Sincelejo, veintiuno (21) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

**REFERENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.**  
**M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
**PROCESO: 70-001-33-33-001-2016-00034-01**  
**DEMANDANTE: MAGALY CASTRO JIMÉNEZ**  
**DEMANDADO: MUNICIPIO DE SINCELEJO-SUCRE**

**OBJETO DE LA DECISIÓN**

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 14 de febrero de 2017 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo en audiencia inicial<sup>1</sup>, la cual resolvió conceder las súplicas de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, promovió la señora **MAGALY CASTRO JIMÉNEZ** contra del **MUNICIPIO DE SINCELEJO**.

**1. ANTECEDENTES**

**1.1. LA DEMANDA<sup>2</sup>**

Pretende la parte demandante lo siguiente que se declare la nulidad de los actos administrativos identificados de la siguiente forma: oficio No: 800.741.08.2015, de fecha 25 agosto del año 2015 y la Resolución No: 3929, de fecha 23 de septiembre de 2015, proferidos por el Municipio de Sincelejo.

Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho se reconozca la relación laboral existente con el municipio de Sincelejo Sucre y se proceda a ordenar el pago de todas las prestaciones sociales con la debida indexación

<sup>1</sup> Acta de audiencia inicial folio 72 a 80 C.Ppal.

<sup>2</sup> Folio 1 a 9 C.Ppal.

a que haya lugar y a las que tienen derecho los docentes del Municipio de Sincelejo, con origen en la relación laboral.

Como **fundamentos fácticos**, se afirma en la demanda que:

La actora fue contratada por la modalidad de órdenes de prestación de servicios, como docente en el Municipio de Sincelejo, desde el 01 de septiembre del 1990 hasta el día 10 de agosto del 1994.

En desarrollo de las funciones asignadas como docentes del Municipio de Sincelejo, celebraron contratos de prestación de servicios de forma consecutiva y que las labores desempeñadas las cumplió en igual forma que los demás docentes nombrados en planta a través de actos legales y reglamentarios por el municipio de Sincelejo, bajo órdenes y en completa dirección y subordinación de la administración municipal e idéntico calendario y jornada laboral al del resto de personal docente.

Surgió una relación de carácter laboral con el municipio de Sincelejo, pues se han dado los requisitos para ello tales como: prestación personal del servicio, subordinación y un salario como contraprestación, entre otras al igual que quienes se encuentran nombrados en propiedad.

En el tiempo laborado no existió solución de continuidad, desempeñando sus labores sin interrupción alguna durante 4 años y el municipio de Sincelejo nunca le canceló el mínimo de derechos salariales, prestacionales e indemnizatorios consagrado en las normas laborales para cada época, teniendo en cuenta la vigencia de la relación laboral.

Presentó petición escrita, el día 28 de julio de 2015, la que fue resuelta mediante oficio No. 800.741.08.2015, de fecha 25 agosto del año 2015, el cual fue objeto de recurso de reposición y en subsidio apelación el 03 de Septiembre de 2015, siendo resuelta de forma desfavorable mediante Resolución No: 3929, de fecha 23 de septiembre de 2015 notificada el día 25 de septiembre del mismo año y en la misma declara improcedente el recurso de apelación, quedando en firme la presente resolución.

Como **normas violadas** se señalan: Artículo 53 de la C.N, Ley 21 de 1982, Decreto 1919 de 2002, Decreto 45 de 1996 Ley 115 de 1994, Ley 91 de 1989 y Ley 50 de 1990.

En el **concepto de la violación**, se expone que, que la infracción de las normas relacionadas, se materializa en el hecho de que la demandante fue contratada a través

de órdenes de prestación de servicios para desarrollar labores en instituciones educativas del municipio de Sincelejo en idénticas funciones e igual calendario y horario que los demás docentes vinculados en propiedad con el demandado, recibiendo como contraprestación por la labor realizada honorarios muy bajos sin lugar a generar ninguna clase de prestaciones, debido al actuar de la administración municipal a mi poderdante se le han desconocido todos los derechos y prerrogativas de que gozan los demás docentes vinculados en propiedad con el municipio de Sincelejo.

Conforme al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades existía una relación laboral, que impone la especial protección del Estado en igualdad de condiciones a los docentes de planta.

## **2. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA**

- Presentación de la demanda: 29 de febrero de 2016 (folio 9 y 39).
- Admisión de la demanda: 13 de mayo de 2016 (folio 40).
- Contestación de la demanda: 10 de noviembre de 2016 (folio 54 a 61).
- Audiencia inicial: 14 de febrero de 2017 (folio 72 a 80).
- Sentencia de primera instancia-audiencia inicial: 14 de febrero de 2017 (folio 72 a 80).
- Recurso de apelación: 27 de febrero de 2017 (folio 86 a 89).
- Audiencia de conciliación y concesión de recurso: 21 de abril de 2017 (folio 47 y 48).

### **2.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

El ente accionado contestó de la demanda de manera extemporánea, según nota secretarial obrante folio 50 del cartulario de la primera instancia.

### **2.2. LA SENTENCIA APELADA<sup>3</sup>.**

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo concedió las pretensiones de la demanda, considerando que, cuando la prestación del servicio docente, se encubra a través de contratos de prestación de servicios, los elementos de subordinación y dependencia se asumen consustancialmente con la prestación dada y la retribución correspondiente, queriéndose decir con ello, que para tales efectos, debe ser declarada la institución del contrato realidad, y dar paso a las circunstancias previstas

---

<sup>3</sup> Folio 72 a 80 C.Ppal.

en la normas que regulan el Estatuto docente y la jurisprudencia creada en torno a la materia.

Dicho lo anterior el *A-quo*, resolvió declarar la nulidad del oficio. 800-741-08-2015 de fecha 25 de agosto de 2015 y la Resolución N° 3929 de 23 de septiembre de 2015, y a título de Restablecimiento del Derecho declaró que existió una relación laboral respecto de las órdenes de prestación de servicio entre la demandante, y la entidad demandada durante los siguientes extremos temporales:

- Del 01/02/1992 hasta el 30/11/1992 en la Escuela El Salvador de Sincelejo Sucre.
- Del 01/02/1993 hasta el 30/11/1993 en la Escuela El Salvador de Sincelejo Sucre.
- Del 01/02/1994 hasta el 10/08/1994 en la Escuela El Salvador de Sincelejo Sucre.

Igualmente, declaró de oficio la prescripción de los valores restantes reclamados, habida cuenta que la reclamación en sede administrativa estuvo por fuera del periodo de los tres (3) años siguientes a la terminación del vínculo laboral.

### **2.3. EL RECURSO DE ALZADA<sup>4</sup>.**

La entidad demandada inconforme con la decisión, presentó recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, con los siguientes argumentos:

*"(SIC).. EL JUEZ DEBIÓ APLICAR DE MANERA INTEGRAL LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN CE-SUJ1 N° 5 DE 2016 SOBRE OPS*

*Recientemente nuestro Honorable Consejo de Estado mediante sentencia de 25 de agosto de 2016, unificó sentencia respecto de las controversias relacionadas con el contrato realidad.*

*En dicha providencia se abordaron varios aspectos, que fueron tenidos en cuenta por el Juez de instancia al momento de tomar la decisión que se recurre, sin embargo consideramos de manera respetuosa que el Juez se aparta de lo establecida en la sentencia de unificación, en lo que tiene que ver con la forma de pagar los aportes a pensión.*

*El Honorable Consejo de Estado en la mencionada sentencia y sobre el particular manifestó:*

*"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 y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad."*

*Lo anterior no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, puesto que esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar) sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de*

---

<sup>4</sup> Folio 86 a 89 C.Ppal.

*seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional."*

*En dicha providencia y con base en lo anteriormente expresado el Consejo de Estado ordenó:*

*"Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, ordenase... tomar (...) 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 fallante por concepto de aporte en pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que 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 existiere diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso el porcentaje que le incumbía como trabajadora, en armonía con lo dicho en la parte motiva".*

*Sin embargo al revisar la providencia proferida por el juez Primero el día 14 de febrero del presente año, observamos que este ordena reconocer y pagar en favor de la demandante, "el valor equivalente a los aportes pensionales en el porcentaje que corresponde al Municipio de Sincelejo, atendiendo a los honorarios pactados en cada uno de los contratos de prestación de servicio como indemnización compensatoria a título de reparación del daño, anotándose que tales cotizaciones, tendrán efecto respecto de cualquier derecho pensional que a futuro reclame la accionante.*

*Obsérvese que en la providencia que se impugna, además de que no se siguen los derroteros establecidos en la providencia de Unificación, se ordena a esta entidad a asumir una conducta, en la que puede incurrir en un posible doble pago de los aportes, pues por un lado se establece que se pague a título de indemnización del daño, el valor de los aportes al reclamante, y por otra parte se anota, que tales cotizaciones tienen efecto respecto de cualquier derecho pensional que a futuro reclame el demandante. (Estas dos órdenes si no se sujetan a que el accionante demuestre el pago, resultan contradictorias y excluyentes) Al decir lo anterior, sin verificar que el demandante haya realizado o asumido el pago de las cotizaciones, podríamos encontrarnos en un escenario en el cual el Municipio le corresponda pagar dos veces dichos aportes así:*

*- El primer pago se haría directamente al reclamante tal como se estableció en la sentencia.*

*Ahora bien como no se somete dicho pago a la demostración de haber asumido estos valores en su oportunidad, se deviene el siguiente pago.*

*- El segundo pago corresponde girarlo al fondo, porque el juez manifiesta que los tiempos tendrán efecto respecto de cualquier derecho pensional que a futuro reclame la accionante.*

*Esto implica que el accionante una vez requiera al fondo de pensiones, esta entidad requerirá al Municipio a pagar dicha suma, incurriendo en un doble pago.*

*Por ello considero que la orden debió ser en los mismos términos establecidos en la sentencia de unificación, esto es:*

*Tomar 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 aporte en pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que 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 existiere diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso el porcentaje que le incumbía como trabajadora, en armonía con lo dicho en la parte motiva.*

*No se debe perder de vista que cualquier aporte realizado al fondo de pensiones implica un cálculo actuarial, lo que generaría asumir un mayor valor por parte de la entidad pública,*

*cosa distinta sería que si el contratista demostró el pago de sus aportes, el Municipio a título de reparación del daño le pague dicho valor debidamente indexado”*

En consecuencia, el recurrente solicitó la revocatoria de la sentencia y por ende se le absuelva de las pretensiones demandadas.

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

El 21 de abril 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 ánimo conciliatorio, procediéndose en consecuencia a conceder el recurso interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia<sup>5</sup>.

### **3. ACTUACIONES EN SEGUNDA INSTANCIA. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.**

El proceso de la referencia le correspondió por reparto a este Despacho<sup>6</sup>, el cual mediante auto de fecha 16 de mayo de 2017<sup>7</sup>, admitió el recurso de apelación. Mediante auto de fecha 6 de junio de 2017<sup>8</sup>, se corrió traslado para alegar de conclusión y concepto del Ministerio Público, oportunidad procesal en la cual no se pronunciaron las partes y el Ministerio Publico no allegó concepto.

## **4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

### **4.1. 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.

### **4.2. 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*

---

<sup>5</sup> Folios 97 y 98 Cuaderno de primera instancia.

<sup>6</sup> Folio 2 y 3 C.de apelación.

<sup>7</sup> Folio 4. Ídem.

<sup>8</sup> Folio 9 ibídem.

*hay lugar al pago de aportes pensionales en favor de la parte actora por el periodo comprendido entre el 01 de febrero de 1992 al 10 de agosto de 1994?*

## **I. LA TEORIA DEL CONTRATO DE 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 impone sobre aquella formalidad que se haya pactado inicialmente por los sujetos o partes, queriendo ello decir, que sea cualquiera la modalidad de contratación si en la práctica se reúnen o dan las condiciones necesarias de una relación, esta debe ser reconocida y privilegiada sobre la formalidad.

En ese orden, 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 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"<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

---

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

<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.

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>.

Ahora bien, 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 la ejecución 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.

---

<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.

En orden de lo expuesto, quien pretenda ser arrojado 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 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".

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

---

<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.

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 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>

En conclusión, si bien el artículo 32 de la ley 80 de 1993, establece la modalidad o posibilidad para que las entidades públicas celebren contratos de prestación de servicios, siendo una modalidad de prestación de servicios personales en beneficio del Estado, debe aclararse que en la medida en que mediante ellos se esconda o encubra una verdadera relación laboral con el propósito de desconocer derechos laborales, porque materialización de la actividad o servicio contratado muestra que en la misma subyace 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, bajo la teoría del contrato realidad.

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

---

<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.”

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>

“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

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

<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: Lilia 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.

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 201022. 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.

## **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

---

<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.

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>22</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 fecha a partir de la cual se pudiera predicar la exigibilidad del derecho<sup>23-24</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>25</sup>

En ese mismo sentido, la misma Sección reitera que<sup>26</sup>:

<sup>22</sup> Igualmente ver sentencia C- 227 de 2009.

<sup>23</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>24</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>25</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>26</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.

“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>27</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.

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>28</sup>, que no puede exceder el de la prescripción de los derechos prestacionales y salariales que reclama<sup>29</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>30</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>31</sup>

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

<sup>27</sup> Sentencia de 6 de marzo de 2008. Radicado No. 2152-06. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

<sup>28</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>29</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>30</sup> Sentencia de 27 de noviembre de 2014, Expediente N° 3222 de 2013, previamente citada

<sup>31</sup> En este recorrido, se debe anotar 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:

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>32</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

---

<sup>32</sup> CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCIÓN A. Expediente No. 05001 23 31 000 2005 00902 01 (3147-2014). C. P. Gabriel Valbuena Hernández.

en un término no mayor a tres años”<sup>33</sup>

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>34</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>35</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>36</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

<sup>33</sup> CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA SEUBSECCIÓN A. Expediente No. 66001-23-31-000-2012-00241-01(2525-14). C. P. Gabriel Valbuena Hernández

<sup>34</sup> CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA SUBSECCIÓN A. C. P. Luis R. Vergara Quintero

<sup>35</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>36</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 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

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 Estado<sup>37</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

<sup>37</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

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 del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y precedente aplicable<sup>38</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.

## **II. EL CASO CONCRETO.**

Recapitulando, la actora 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 01 de septiembre de 1990 al 10 de agosto de 1994.

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

---

<sup>38</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.

porcentaje del empleador; declarando la prescripción de las demás prestaciones sociales reclamadas por la parte actora como consecuencia de la relación laboral.

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 un supuesto yerro en la orden del reconocimiento y pago de los aportes pensionales, determinados a título de reparación y que este se liquide conforme la sentencia de unificación antes referenciada, 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 línea jurisprudencial unificada 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 órdenes 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”*

## **II. CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., por la prosperidad del recurso, se abstendrá esta Colegiatura de condenar en costas de segunda instancia a la parte demandada apelante,

### **5. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL DEL 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 14 de febrero de 2017 por el Juzgado Primero 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.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 158.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Los Magistrados,**

**CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS**

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA**