



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

**Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas**

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

**ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**  
**M DE C: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**  
**PROCESO: 70-001-3333-008-2016-00073-01**  
**DEMANDANTE: ANA FRANCISCA FLÓREZ ARROYO**  
**DEMANDADO: MUNICIPIO DE SINCELEJO-SUCRE.**

**OBJETO DE LA DECISIÓN**

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 20 de febrero de 2017, 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>.**

La señora **ANA FRANCISCA FLÓREZ ARROYO**, por conducto de apoderado judicial formula demanda en contra del Municipio de Sincelejo, solicitando se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 800.982.12.201514 de diciembre 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 causados desde el día 01 de febrero de 1992 hasta el 30 de noviembre de 1993, representadas en cesantías , intereses de cesantías, prima de alimentación, prima de servicio, prima de navidad, auxilio de transporte, dotación de calzado y vestido de labor, bonificación

---

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

especial de recreación, aportes a salud y pensión, bonificación por servicios prestados, indemnización moratoria por el no pago oportuno de las cesantías.

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 01 de febrero de 1992 hasta el 30 de noviembre de 1993 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.

Que el 14 de diciembre de 2015, realizó reclamación ante el municipio de Sincelejo.

## **1.2. ACTUACIONES PROCESALES**

- Presentación de la demanda: 18 de abril de 2016 ( folio 1 -9)
- Admisión de la demanda:28 de julio de 2016 ( folio 45 -46)
- Contestación de la demanda: 21 de octubre de 2016 (folio 53-58)
- Audiencia inicial : 01 de febrero de 2017 ( folio 76-80)
- Se prescindió la audiencia de pruebas.
- Sentencia de primera instancia : 20 de febrero de 2017 (folio 89 -97)
- Recurso de apelación :parte demandante 14 de marzo de 2017 (folio 104-106)
- Auto que rechaza el recurso de apelación de la parte demandada. (folio- 116-117)
- Audiencia de conciliación: 20 de abril de 2017 ( folio 123-125)

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

El Municipio de Sincelejo contesto la demanda, negando algunos hechos y aceptando otros, en referencia a las pretensiones de la demanda, se opone a ellas, argumentando

---

<sup>2</sup> Folio 53-58

que la vinculación de la actora para el Municipio fue esencialmente contractual y que la alegada subordinación es la coordinación propia del tipo de vinculación ; sin que pueda implicar reconocimiento alguno, propone la excepciones de mérito de inexistencia de relación laboral e inexistencia de medios de prueba que sustenten los fundamenta facticos y jurídicos que se fundamentan.

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

La audiencia inicial tuvo lugar el 01 de febrero de 2017, a la cual concurren los apoderados de las partes, 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, el Juzgado en aplicación del inciso final del artículo 179 en concordancia con el artículo 182 de la 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 del acto administrativo demandado por estar incurso en la causal de anulación e infracción de normas en que debía soportarse, a título de restablecimiento ordenó al Municipio de Sincelejo reconocer y pagar al fondo de pensiones en que este afiliada o se afilie al demandante , una suma de dinero equivalente a todas las semanas de cotización en pensiones que le corresponde a la actora , durante su vinculación al Municipio de Sincelejo. Por último señaló que el texto completo de la sentencia sería consignado por escrito dentro de los de los diez (10) días siguientes a la fecha de la audiencia inicial.

---

<sup>3</sup> Folios 76-80

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

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo el 20 de febrero de 2017, 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 01 de febrero de 1992 hasta el 30 de noviembre de 1993, 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 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.

### 1.4. EL RECURSO DE APELACIÓN<sup>5</sup>.

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, en ese entendido solicita se revoque el numeral tercero de la sentencia en punto de la declaratoria de la excepción de prescripción.

---

<sup>4</sup> Folio 89 -97

<sup>5</sup> Folio 104-106

En cuanto al recurso interpuesto por, **el Municipio de Sincelejo**, este fue rechazado mediante auto con fecha de 16 de marzo de 2017, obrado en el folio 116 al 117.

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

El 20 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 animó conciliatorio, procediéndose en consecuencia a conceder los recursos interpuestos por las partes contra la sentencia de primera instancia<sup>6</sup>.

### **1.6. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA.**

El recurso se admitió el 16 de mayo de 2017<sup>7</sup>. Posteriormente en auto del 6 de julio de la misma anualidad se ordena correr traslado a las partes para alegar y concepto del Ministerio Público<sup>8</sup>, oportunidad procesal en la cual solo se pronuncia el Municipio de Sincelejo<sup>9</sup>, cuyo recurso como se dijo anteriormente, se rechazó en primera instancia.

El Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación no presentó concepto de fondo.

## **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.**

Teniendo en cuenta los antecedentes reconstruidos y el reparo formulado por la parte apelante, debe la Sala establecer, si *¿las prestaciones reclamadas a título de restablecimiento del derecho generadas por la existencia del contrato realidad, con excepción de los aportes pensionales se encuentran prescritas?*

---

<sup>6</sup> Folios 123-125

<sup>7</sup> Folio 4

<sup>8</sup> Folio 9

<sup>9</sup> Folios 12-13 cuaderno de apelación.

## **2.3. ANÁLISIS DE LA SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO.**

### **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 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>10</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

---

<sup>10</sup> Sentencia C-154-1997

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 donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma"<sup>11</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**, toda vez 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, 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>12</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>13</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

<sup>11</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>12</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>13</sup> Sentencia T-063 de 2006

el sector público, puesto que el ejercicio de dicho servicio debe tener origen en un contrato estatal, bajo el entendido, que ello es lo que se pretende desvirtuar, desnaturalizar o desdibujar; claro está, sin llegar a decir, al punto de exigir prueba solemne del mismo, pues de lo que se trata es de probar su ejecución.

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

Por ello, quien pretenda ser arropado por la teoría del contrato realidad en el sector público, asume la carga probatoria de traer al plenario los elementos que demuestren la desnaturalización del vínculo contractual público, pues en principio la celebración del contrato estatal se entiende celebrado bajo la presunción legal de no dar lugar al pago y reconocimiento de salarios y prestaciones sociales, como lo indica el 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

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

Es de recordar que el contrato estatal de prestación de servicios no está vedado para que el Estado o la Administración a través de su celebración persiga el cumplimiento de fines estatales<sup>14</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>15</sup>.

---

<sup>14</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>15</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"

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>16</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 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>17</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 expresamente prohibido<sup>18</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>19</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

<sup>16</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.

<sup>17</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>18</sup> Consejo de Estado, sentencia del 15 de mayo de 2013, Sección II Subsección B, Radicación: No.05001233100020010363101. CP. Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>19</sup> Ídem 3.”

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>20</sup>:

“Este criterio coincide con la línea jurisprudencial consolidada<sup>21</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.

De otro lado, es pertinente destacar que el reconocimiento y aplicación del principio de

<sup>20</sup> Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.

<sup>21</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.

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>22</sup>, punto este que igualmente, acoge la Corte Constitucional, como se puede apreciar en sentencia T- 093 de 2010<sup>23</sup>.

## **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:

<sup>22</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>23</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;

"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>24</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>25-26</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>27</sup>

En ese mismo sentido, la misma Sección reitera que<sup>28</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

<sup>24</sup> Igualmente ver sentencia C- 227 de 2009.

<sup>25</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>26</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>27</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>28</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.

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>29</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>30</sup>, que no puede exceder el de la prescripción de los derechos prestacionales y salariales que reclama<sup>31</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>32</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>33</sup>

<sup>29</sup> Sentencia de 6 de marzo de 2008. Radicado No. 2152-06. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>30</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>31</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>32</sup> Sentencia de 27 de noviembre de 2014, Expediente N° 3222 de 2013, previamente citada.

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

*"DERECHOS PRESTACIONALES DERIVADOS DEL CONTRATO REALIDAD – Prescripción / SENTENCIA CONSTITUTIVA – Declara la existencia de la relación laboral / SOLICITUD DE PRESTACIONES SOCIALES – Derivados del contrato realidad / PRESCRIPCIÓN – 5 años a la fecha de terminación del último contrato En cuanto a la prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, otrora esta Sección concluyó sobre su no prescripción, en tanto su exigibilidad es imposible antes de que se produzca la sentencia, porque es en tal decisión judicial en la que se declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo; es decir, que es a partir del fallo, que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podía operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo. Sin embargo, con el paso del tiempo se determinó, que aunque es cierto, que es desde la sentencia, que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es, que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa, que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a 3 años. Y en la actualidad, se ha determinado que el plazo razonable en el que se debe 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,*

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

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

Sin embargo, con el paso del tiempo se determinó, que aunque es cierto, que es desde la sentencia, que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es, que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa, que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a 3 años

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

Y en lo que concierne a la prescripción está determinado, que el plazo razonable con el que cuenta el accionante para solicitar la declaratoria de la existencia del vínculo laboral y el pago de los derechos laborales subyacentes, es de 3 años siguientes a la terminación del último contrato”.<sup>34</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

---

*ponderación y diligencia que deben acompañar las actuaciones de los administrados. Teniendo en cuenta el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a los contratos realidad, se concluye en cuanto a su configuración, que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva, y en particular, la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega, no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito. Y en lo que concierne a la prescripción está determinado, que el plazo razonable con el que cuenta el accionante para solicitar la declaratoria de la existencia del vínculo laboral y el pago de los derechos laborales subyacentes, es de 5 años siguientes a la terminación del último contrato”*

<sup>34</sup> CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCIÓN A. Expediente No. 05001 23 31 000 2005 00902 01 (3147–2014). C. P. Gabriel Valbuena Hernández.

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>

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

“Lo anterior quiere decir que si bien es cierto, conforme al criterio fijado por la Sala de la Sección Segunda, sólo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de la existencia de la relación laboral, también lo es que la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración”<sup>36</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>37</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>38</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 mayor

<sup>35</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>36</sup> CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA SUBSECCIÓN A. C. P. Luis R. Vergara Quintero

<sup>37</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>38</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.

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>39</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 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”

<sup>39</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)

Así las cosas, la sub regla jurídica vigente del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y precedente aplicable<sup>40</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.

En el plenario se encuentra demostrado documentalmente<sup>41</sup> que la señora ANA FRANCISCA FLÓREZ ARROYO, estuvo vinculada como docente al servicio del municipio de Sincelejo a través de órdenes de prestación de servicios.

El servicio personal fue ejecutado en la Escuela Las Delicias de Sincelejo, como lo detalla el certificado obrante a folio 22 del cuaderno de primera instancia, proveniente de la Secretaría de Educación del Municipio de Sincelejo, que no fue objeto de reproche probatorio alguno.

La prestación de servicios personales como docente, se materializó en los siguientes extremos temporales: 01 de febrero de 1991 al 30 de noviembre de 1991; del 1 de febrero de 1992 al 30 de noviembre de 1992; del 1 de febrero de 1993 al 30 de noviembre de 1993.

La demandante formuló reclamación **el 14 de diciembre de 2015** (folio 11-16 cuaderno de primera instancia), solicitando al municipio de Sincelejo el reconocimiento y pago de prestaciones y otros emolumentos derivados del contrato realidad que surgió de su servicio personal como docente vinculada a través de OPS, petición que fue negada por el ente territorial demandado a través del Oficio del 14 de diciembre de 2015<sup>42</sup> y que se constituye en la decisión administrativa traída a control judicial.

En aplicación de las sub reglas relativas al elemento subordinación, la cual se encuentra ínsita en la labor desarrollada por los docentes, la conclusión a la cual arribó el Despacho de Primera instancia frente al reconocimiento de la relación laboral, es compartida por

---

<sup>40</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>41</sup> Certificación obrante a folio 22 del cuaderno de primera instancia.

<sup>42</sup> Folios 18- cuaderno de primera instancia.

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

En efecto, la vinculación contractual como se anotó data del 13 de enero de 1994 y la petición en sede administrativa fue presentada el 14 de diciembre de 2015, fecha para la cual había transcurrido en exceso, el término prescriptivo de tres (3) años establecido para acudir al reclamo judicial de los derechos que pudieren surgir de la aplicación de la teoría del contrato realidad.

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

Debe anotar, esta Sala que con la aplicación del precedente vigente de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, en materia de prescripción en el contrato realidad, no se vulnera el principio de confianza legítima ni la seguridad jurídica, puesto, que en el presente asunto la relación contractual data del año 1994, fecha para la cual, el precedente de la Sala Laboral del Consejo de Estado, se inclinaba claramente a la aplicación de la misma tesis que en los actuales momentos se profesa, que como se vio líneas antes, en nada se opone a los principios constitucionales del derecho del trabajo, siendo línea de pensamiento que comparte la Corte Constitucional.

Así las cosas, y dando respuesta al problema jurídica, en el sub examine se encuentran prescritas las prestaciones sociales derivadas del contrato realidad por la labor docente de la demandante en beneficio del Departamento de Sucre, con excepción de los aportes pensional, razón por la cual, **se confirmara** la sentencia de primera instancia.

### **CONDENA EN COSTA EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Al no haber prosperado el recurso de apelación, se condena en costas a la parte demandante – recurrente y en favor de la entidad demandada, de conformidad con los artículos 188 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el artículo 365 y 366 del CGP,

las cuales serán liquidadas por el Juez de Primera Instancia.

### **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: CONFÍRMASE** *la sentencia apelada*

**SEGUNDO: CONDÉNESE** en costas de segunda instancia a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por el Juez de Primera Instancia.

**TERCERO:** 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 Nº 158 de la fecha.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Los Magistrados,**

**CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS**

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA**