



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

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas.

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

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN: 70-001-33-33-001-2016-00067-01
DEMANDANTE: CARMEN ANA ORTEGA BUSTAMANTE
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SINCELEJO- SUCRE.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide la sala sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el día 8 de febrero de 2017 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, la cual resolvió conceder las súplicas de la demanda

1. ANTECEDENTES:

1.1 LA DEMANDA.

La señora CARMEN ANA ORTEGA BUSTAMANTE por conducto de apoderado judicial, instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando que se declare la nulidad del Oficio No. 800-1017-12-2015 del 28 de diciembre de 2015, expedido por la secretaria del Municipio de Sincelejo mediante el cual se niega expresamente el reconocimiento y pago de una relación laboral.

A título de restablecimiento del Derecho, pretende que se condene al Municipio de Sincelejo a reconocer y pagar a la demandante las prestaciones sociales causadas desde el día 01 de febrero de 2001 hasta el 19 de diciembre de 2003, derivadas del vínculo laboral

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS** de la demanda, manifiesta la parte actora que fue contratada con la modalidad de órdenes de prestación de servicio, como Docente en el Municipio de Sincelejo.

Señala que, en desarrollo de las funciones asignadas como Docente del Municipio de Sincelejo, celebros contratos de prestación de servicios por un término de cada contrato no mayor de 4 meses cada uno y de forma consecutiva.

Menciona que, dicha labor desempeñada se efectuó en completa subordinación y nunca les fueron reconocidos sus derechos prestacionales.

Afirma la parte actora que, es concluyente de que existió una relación laboral y que de la misma emergen los siguientes aspectos: El cumplimiento de horarios, la imposición de órdenes y reglamentos, la utilización de implementos de trabajo del ente contratante, el lugar de prestación del servicio, que fue la Institución Educativa respectiva de propiedad o manejada por el ente contratante.

Refiere que, el cargo que desempeñó son de aquellos clasificados como de carrera, por lo que su desempeño no podía estar a cargo de un contratista, ya que ejercía funciones ordinarias de labores que ejerce un funcionario que está legalmente vinculado, con igual responsabilidad, en forma habitual.

Expresa que, el día 22 de diciembre de dos mil quince (2015), se presentó derecho de petición ante la entidad demandada, el cual fue contestado mediante el oficio N° 800-1017-12-2015 del 28 de diciembre de 2015, negando el derecho por medio de la Secretaria de Educación del Municipio de Sincelejo.

Como **normas violadas**, señaló los artículos 13,25 y 53 de la Constitución Política de Colombia, Decreto 3135 de 1968, Decreto Reglamentario 1848 del 69, Decreto 1045 de 1973. Ley 4ª de 1992, Decreto 1999 de 2002. En el **concepto de violación**, advierte la demandante que la infracción de las normas relacionadas, se materializa en el hecho de que las labores desarrolladas por la demandante eran las mismas que los docentes de planta, y que en el presente caso se configuran los tres elementos de la relación laboral, prestación personal del servicio y continua subordinación y remuneración como contraprestación del servicio. 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.

1.2 ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 15 de abril de 2016 (Fol. 1-10 C. Ppal.).
- Admisión de la demanda: 24 de Junio de 2016 (Fol. 35 C. Ppal.).
- Notificación a las partes: 27 de Junio de 2016 (Folio 36 a 37 C. Ppal.).
- Contestación de la demanda: 19 de Agosto de 2016 (Folio 45 a 49 C. Ppal.).
- Audiencia inicial con sentencia: 8 de febrero de 2017 (Folio 62 a 71 C. Ppal.).
- Recurso de apelación de la parte demandada: 14 de febrero de 2017 (Folio 77 a 78 C. Ppal.).
- Recurso de apelación de la parte demandante: 24 de febrero de 2017 (Folio 79 a 80 C. Ppal.).
- Audiencia de Conciliación y concesión del recurso: 21 de Abril de 2017 (Folio 98 a 99)
- Auto que admite el recurso de apelación: 16 de mayo de 2017 (Folio 4 C. de Apelación).
- Auto que corre traslado para alegar en segunda instancia: 06 de julio de 2017 (Folio 9 C. de Apelación).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad contestó la demanda en oportunidad legal, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por cuanto el acto demandado no tiene vicios en su nacimiento y expedición. Propuso como excepciones: la prescripción extintiva de los derechos laborales reclamados por la demandante, toda vez que han transcurrido más de 3 años desde que se firmó el último contrato.

Como argumento central de su defensa, sostuvo, que su actuación estuvo ajustada a derecho máxime cuando se observa que los derechos exigidos por la accionante, se encuentran extinguidos por el fenómeno de la prescripción, haciendo un estudio extensivo de dicho instituto, con respecto a las decisiones que ha adoptado el honorable Consejo de Estado.

1.4. LA SENTENCIA APELADA

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, declaró la nulidad

del acto administrativo demandado y a título de restablecimiento dispuso el reconocimiento de la relación y el pago de aportes pensionales, declarando la prescripción de los demás derechos pretendidos.

Para el efecto, consideró el Despacho de Primera Instancia que se demostró documentalmente que el Municipio de Sincelejo a través de su Secretaria de Educación Municipal, vinculó a la señora Carmen Ana Ortega Bustamante, como docente, utilizando, en los periodos comprendidos del 01 de febrero de 2001 al 30 de noviembre de 2001, en la Institución Educativa Escuela Urbana Nueva Esperanza del Municipio de Sincelejo, del 01 de febrero de 2002 al 30 de noviembre de 2002, en la Institución Educativa Dulce Nombre de Jesús del Municipio de Sincelejo, del 3 de febrero de 2003 al 19 de diciembre de 2003, en la Institución Educativa Nueva Esperanza del Municipio de Sincelejo.

Con lo anterior, pudo constatar que es claro entonces que la vinculación de la demandante, si bien se dio a través de contratos de prestación de servicios, los mismo encubrían una verdadera relación laboral, al conjugarse todos y cada uno de los elementos de un contrato de trabajo, como lo es la prestación de un servicio, la subordinación/dependencia y la contraprestación, lo que conllevaba indefectiblemente a declarar el Instituto del contrato realidad.

Dijo asimismo, que la demandante solicitó al Municipio de Sincelejo, mediante escrito presentado el 22 de diciembre de 2015, el reconocimiento y pago de emolumentos salariales, por lo que declaró la prescripción de los beneficios prestacionales de la relación laboral con excepción de los aportes a pensiones.

1.5 EL RECURSO DE APELACIÓN.

Inconformes con la sentencia de primera instancia, ambas partes formularon recurso de apelación.

La **parte demandante**, centra su desacuerdo en que se debió disponer el reconocimiento de todas las prestaciones derivadas del contrato realidad declarado, sin aplicar prescripción y no solamente los aportes pensionales, pues con ello, se desconoció el derecho a obtener el pago de las prestaciones sociales en igualdad de condiciones que los demás docentes que laboraron con el Municipio de Sincelejo mediante Ordenes de prestación de servicio a los cuales les fue reconocido el mismo derecho pretendido.

Agrega que de forma reiterativa el Honorable Consejo de Estado sentó la posición la cual sostenía que cuando existe un contrato de prestación de servicio entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los 3 elementos propios de la relación de trabajo, esto es subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que en consecuencia concede al trabajador las prerrogativas de Orden prestacional. Sostuvo también esta Honorable Corporación que en los eventos en que acontece la declaratoria del contrato realidad, la sentencia que contiene tal determinación, se torna en constitutiva, lo que quiere decir que los derechos derivados de tal declaración, solo son exigibles hasta tanto se dé la ejecutoria de la sentencia correspondiente.

En tal sentido, solicita se acceda a la totalidad de las pretensiones y se revoque parcialmente la sentencia.

A su turno, **la parte demandada** radica puntualmente su reparo contra la sentencia en que debió declararse la prescripción total incluyendo los aportes pensionales, como quiera que la reclamación laboral fue realizada en el año 2015, por fuera de los tres años a la finalización del vínculo formal. Para que la demandante tuviera derecho al reconocimiento de aportes pensionales, debió reclamar sus derechos hasta el 19 de diciembre de 2006, por lo que no podría tener derecho a reconocimiento alguno cuando presenta su solicitud hasta el año 2015.

Con base en lo antes expuesto, solicitó revocar la sentencia apelada en lo atinente al reconocimiento y pago de los aportes pensionales.

1.6. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO¹.

Se admite la apelación de las partes el 16 de mayo de 2017, posteriormente en auto del 6 de julio de la misma anualidad, se dispone correr traslado para alegatos de las partes y concepto del Ministerio Público.

En esta oportunidad procesal solo se pronuncia la entidad territorial demandada, reiterando los argumentos de su impugnación, agregando que, en la providencia que se impugna, además de que no se siguen los derroteros establecidos en la

¹ Folios 1-16 cuaderno de apelación.

providencia de Unificación, se ordena a mi representada 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, de forma tal, que podríamos encontrar un escenario en el cual el Municipio le corresponda pagar dos veces dichos aportes².

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

2. CONSIDERACIONES DDEL TRIBUNAL

2.1. COMPETENCIA.

El Tribunal a través de su Sala de Decisión es competente para resolver la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Teniendo en cuenta los antecedentes reconstruidos y el reparo formulado por la parte apelante, debe la Sala establecer, *¿si sobre los derechos reclamados por la actora en virtud de la aplicación de la teoría del contrato realidad, ha operado la figura de la prescripción y si hay lugar al pago de aportes pensionales en favor de la parte actora por el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2001 al 03 de febrero de 2003?*

2.3. ANÁLISIS DE LA SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO

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

² Folios 13-14 cuaderno de apelación.

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"*³.

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"⁴, agregando que, "el inciso 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no contiene una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio que traslade a la entidad contratante la carga de probar que el contratista ejecutó el objeto contractual con autonomía e independencia".

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

³ Sentencia C-154-1997

⁴ 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.

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.”⁵(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”⁶.

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.

En orden de lo expuesto, quien pretenda ser arropado por la teoría del contrato realidad en el sector público, asume la carga de traer al plenario los elementos que demuestren la desnaturalización del vínculo contractual público, pues en principio la celebración del contrato estatal se entiende celebrado bajo la presunción legal

⁵ Sentencia C-386 de 2000. Posición reiterada en las sentencias T-523 de 1998, T-1040 de 2001 y C-934 de 2004.

⁶ Sentencia T-063 de 2006 .

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 estatales⁷, 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 necesarios⁸.

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 público⁹, 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

⁷ 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.

⁸ 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"

⁹ "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.

presumir la existencia del elemento subordinación¹⁰ 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 prohibido¹¹.

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” (negrillas fuera del texto).¹²

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

¹⁰ Amén de aquellas labores donde la subordinación se encuentra ínsita en el desarrollo de la misma, como es el caso de los docentes, vigilantes.

¹¹ Consejo de Estado, sentencia del 15 de mayo de 2013, Sección II Subsección B, Radicación: No.05001233100020010363101. CP. Gerardo Arenas Monsalve

¹² Ídem 3.”

público educativo a través de contratos u órdenes de prestación de servicios, se ha reconocido claramente por la jurisprudencia contenciosa administrativa, que la subordinación se encuentra ínsita y es consustancial con la labor desarrollada, porque la labor docente independiente y siempre corresponde a aquella que de ordinario desarrolla la administración pública a través de sus autoridades educativas, pues no de otra manera puede ejercerse la enseñanza en los establecimientos públicos educativos, sino por medio de los maestros.

Criterio que fue explicado detalladamente por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, en sentencia del 25 de agosto de 2016, en los siguientes términos¹³

“Este criterio coincide con la línea jurisprudencial consolidada¹⁴ 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

¹³ Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.

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

sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes-contratistas merecen una protección especial por parte del Estado”

Ahora bien, el reconocimiento y aplicación del principio de la primacía de la realidad a una relación inicialmente contractual, no implica conferir la condición de empleado público al contratista, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado¹⁵, 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

¹⁵ 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.

mayor prontitud en el ejercicio de la acción, dada la supremacía del derecho fundamental, el cual comporta la exigencia de acción y protección oportunas. Así, pues, el legislador no hizo cosa distinta a hacer oportuna la acción; de ahí que lo que, en estricto sentido, prescribe es la viabilidad de una acción concreta derivada de la relación laboral, pero nunca el derecho-deber del trabajo". En razón de ello, concluyó:

"No se quebranta el derecho de los trabajadores, ni los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 superior, sino que por el contrario, se limita en forma razonable y lógica a establecer que el reclamo del trabajador con respecto a un derecho determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez a partir de la recepción por parte del patrono del respectivo reclamo. Tampoco se contradicen dichos principios, porque la finalidad que persigue el legislador en el asunto materia de examen, es adecuar a la realidad el sentido mismo de la oportunidad, y de otro lado, determinar el lapso de interrupción de la prescripción en materia laboral"¹⁶.

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 derecho¹⁷-¹⁸. 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

¹⁶ Igualmente ver sentencia C- 227 de 2009.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan.”¹⁹

En ese mismo sentido, la misma Sección reitera que²⁰:

“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 extintivo²¹.

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 razonable²², que no puede exceder el de la prescripción de los derechos prestacionales y salariales que reclama²³. “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”.²⁴

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

¹⁹ 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.

²⁰ 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.

²¹ Sentencia de 6 de marzo de 2008. Radicado No. 2152-06. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

²² 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.

²³ 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).

²⁴ Sentencia de 27 de noviembre de 2014, Expediente N° 3222 de 2013, previamente citada

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”²⁵

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

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

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

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

Y en lo que concierne a la prescripción está determinado, que el plazo razonable con el que cuenta el accionante para solicitar la declaratoria de la existencia del vínculo laboral y el pago de los derechos laborales subyacentes, es de 3 años siguientes a la terminación del último contrato”.²⁶

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

²⁵ 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:

²⁶ CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCIÓN A. Expediente No. 05001 23 31 000 2005 00902 01 (3147-2014). C. P. Gabriel Valbuena Hernández.

derechos prestacionales derivados del contrato realidad, otrora esta Sección concluyó sobre su no prescripción, en tanto su exigibilidad es imposible antes de que se produzca la sentencia, porque es en tal decisión judicial en la que se declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo; es decir, que es a partir del fallo, que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podía operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo. Sin embargo, con el paso del tiempo se determinó, que aunque es cierto, que es desde la sentencia que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es, que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa, que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a tres años²⁷

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 declaración²⁸.

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 años²⁹

²⁷ CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA SUBSECCIÓN A. Expediente No. 66001-23-31-000-2012-00241-01(2525-14). C. P. Gabriel Valbuena Hernández

²⁸ CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA SUBSECCIÓN A. C. P. Luis R. Vergara Quintero

²⁹CONSEJO 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)

Es pertinente señalar, que la Subsección B de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, igualmente había sentado postura en el mismo sentido³⁰, determinando respecto la prescripción:

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

En otras palabras y de acuerdo a la posición jurisprudencial citada en precedencia, se hace necesario que el interesado una vez haya fenecido la relación contractual estatal regida por el artículo 32 de la ley 80 de 1993, debe reclamar la declaración ante la administración de la existencia de la relación laboral en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan [...]"

La anterior línea decisional se consolida y define con la **Sentencia de Unificación CE-SUJ2 No. 5 de 2016, del 25 de agosto de 2016 proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda** del H. Consejo de Estado³¹, 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; (...)":

³⁰ 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

³¹ 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)

35 contractual. ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad. iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional. iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA). v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables. vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral). vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador. De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados”

Así las cosas, la sub regla jurídica vigente de la Corporación Suprema de lo Contencioso Administrativo y precedente aplicable³², 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

³² 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.

contractual – formal que se pretende desvirtuar, amén de lo expuesto frente al tema de aportes pensionales.

III. CASO CONCRETO.

Se encuentra confirmado procesalmente, a través de prueba documental, la cual dicho sea de paso, no fue objeto de reproche probatorio alguno por la parte demandada, que la señora CARMEN ANA ORTEGA BUSTAMANTE, estuvo vinculado formalmente como **docente del Municipio de Sincelejo, a través de** órdenes de prestación de servicios como Docente en los siguientes extremos temporales: Del 1 de febrero de 2001 al 30 de noviembre de 2001, en la Institución Educativa Escuela Nueva Esperanza del Municipio de Sincelejo, del 1 de febrero de 2002 al 30 de noviembre de 2002, en la Institución Educativa Dulce Nombre de Jesús del Municipio de Sincelejo, del 3 de febrero de 2003 al 19 de diciembre de 2003, en la Institución Educativa Nueva Esperanza del Municipio de Sincelejo³³.

De igual forma, está probado que la **demandante formuló reclamación al municipio de Sincelejo solo hasta el 22 de diciembre de 2015³⁴**, solicitando el reconocimiento y pago de los derechos laborales derivados de la existencia de una relación laboral generada en la celebración de contratos de prestación de servicios como docente del servicio público educativo del municipio de Sincelejo en el periodo comprendido **el 1 de febrero de 2001 al 19 de diciembre de 2003**.

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

No obstante, la prueba introducida al proceso por la parte demandante para soportar su pretensión, permite a esta Sala afirmar que la reclamación de los derechos que se derivarían de la aplicación de la teoría del contrato realidad a la vinculación contractual inicialmente pactada con la entidad territorial demandada,

³³ Folios 23-24 cuaderno de primera instancia. Certificación expedida por la Secretaría de Educación de Sincelejo en donde consta la ejecución del servicio como docente mediante OPS.

³⁴ Folio 12 a 17 del cuaderno de primera instancia.

fue realizada por fuera de los tres (3) años, establecidos en la sub regla jurídica vigente de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado delineada anteriormente.

En efecto, la vinculación contractual data del año 2003 y la petición en sede administrativa, como se anotó fue presentada el 22 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, punto en el cual emerge la confirmación sentencia frente al reparo formulado por la parte actora en contra de la declaratoria de prescripción.

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

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 para la fecha de la relación contractual, el precedente de la Sala Laboral del Consejo de Estado, se inclinaba claramente a la aplicación de la misma tesis que en los actuales momentos se profesa, siendo oportuno reiterar, que como se vio líneas antes, en nada se opone a los principios constitucionales del derecho del trabajo, siendo línea de pensamiento que comparte la Corte Constitucional.

En ese orden, las prestaciones sociales que se derivarían del contrato realidad que existió entre las partes se encuentran afectadas por la prescripción, excepto los aportes pensionales, tal como lo expuso el A quo.

De lo expuesto, surgiría la confirmación de la sentencia de primera instancia, no obstante, teniendo en cuenta que ambas partes apelaron, hay lugar a modificar el numeral segundo de la sentencia apelada, en el sentido de precisar que el reconocimiento que surge del contrato realidad, se realiza, acorde la sentencia de unificación citada previamente, a título de restablecimiento del derecho y no de

reparación del daño, así como la forma en que ha de operar dicho restablecimiento, el cual quedara así:

"SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, el Municipio de Sincelejo – Sucre, a título de restablecimiento del derecho deberá tomar, durante el tiempo que la actora estuvo vinculada mediante 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"

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Al no prosperar los recursos de apelación formulados por las partes, la Sala se abstiene de condenar en costas en esta instancia. Lo anterior con fundamento en el artículo 365 del CGP.

3. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL, 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 8 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 órdenes de prestación de servicios, salvo sus interrupciones, el ingreso base cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora”

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

Esta providencia se discutió y aprobó en Sala, conforme Acta N° 158

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA