



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 5
MAGISTRADO PONENTE: OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Tunja, 11 OCT 2017

Demandante	Rosa Toro Noriega
Demandado	Municipio de Tunja-Secretaría de Educación
Expediente	15001-23-33-000-2014-00309-00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Asunto	Sentencia de primera instancia – accede parcialmente a las pretensiones

Procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, adelantado a través de apoderada judicial por la señora Rosa Toro Noriega, en contra del Municipio de Tunja-Secretaría de Educación.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (fls. 2 a 6).

A través de apoderada judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del CPACA, la señora Rosa Toro Noriega, presentó demanda en contra del Municipio de Tunja-Secretaría de Educación, con el objeto que se declare la nulidad de del acto administrativo contenido en el Oficio No. SAC-2014EE903 de 12 de marzo de 2014, por medio del cual el municipio de Tunja, niega el reconocimiento de las prestaciones equivalentes a las devengadas por los docentes de carrera para los periodos 1993 a 1999, así como la devolución de los aportes a seguridad social y pólizas de seguro.

Que como consecuencia de lo anterior se condene a la entidad demandada a reconocer la relación laboral entre ésta y la señora Rosa Toro Noriega como docente para los periodos 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998 y 1999.

Que se condene a la entidad demandada al pago de salarios, primas y demás prestaciones devengados por los educadores nombrados, a favor de la demandante según el escalafón al que pertenecía para los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998 y 1999.



Demandante: Rosa Toro Noriega
Demandado: Municipio de Tunja-Secretaría de Educación
Expediente: 15001-23-33-000-2014-00309-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

Ordenar al municipio de Tunja que restituya a la demandante todos los pagos que efectuó por concepto de póliza de seguro a la Fiduciaria la Previsora S.A., y cotización a seguridad social.

Finalmente que se ordena a la entidad demandada hacer las cotizaciones al régimen especial de pensiones del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998 y 1999, a efectos de tener en cuenta ese tiempo de servicios para acceder a la pensión de jubilación.

1.1. HECHOS

Los hechos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

La señora Rosa Toro Noriega fue vinculada por el municipio de Tunja a través de múltiples contratos y órdenes de prestación de servicios por periodos de 4, 5 y 10 meses durante los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998 y 1999.

El objeto de las referidas vinculaciones contractuales consistía en trabajar como docente de tiempo completo en los planteles educativos del municipio de Tunja desde el año 1993 hasta el año 1999, sin solución de continuidad.

Durante su vinculación contractual la demandante fungió como docente de tiempo completo en las instituciones educativas del municipio, en las mismas condiciones que los demás educadores de carrera administrativa.

La demandante estaba sujeta a la subordinación de las directivas de los colegios y a las políticas de la Secretaría de Educación; de igual forma recibía un salario denominado "honorarios".

El 19 de febrero de 2014 presentó petición ante el municipio de Tunja a fin de obtener el reconocimiento de la relación laboral, derechos salariales, prestaciones sociales y seguridad social, equivalentes a los devengados por los educadores de carrera; petición que fue negada mediante el acto administrativo aquí demandado.

1.2. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La demandante citó como normas violadas las siguientes: artículos 4, 13, 53 de la Constitución Política; artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011.

Al efecto, indicó que la demandante ostentaba la labor de docente cumpliendo las mismas obligaciones o funciones de los educadores del Fondo Nacional del Magisterio pues debía acatar el horario y subordinación



Demandante: Rosa Toro Noriega
Demandado: Municipio de Tunja-Secretaría de Educación
Expediente: 15001-23-33-000-2014-00309-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

a las directivas del colegio, las políticas de la Secretaría de Educación del Municipio de Tunja; sin embargo, la señora Rosa Toro Noriega no recibía los mismos derechos prestacionales ni salariales en razón a que se regía por un contrato de prestación de servicios.

Adujo que en aplicación del principio de realidad sobre las formas, se ha reconocido que en el caso de los docentes vinculados a través de contratos de prestación de servicios se cumplen todos los elementos de la relación laboral, esto es, prestación personal del servicio, subordinación y pago del salario.

En cuanto a la excepción de prescripción aseguró que en el caso de los docentes vinculados contractualmente, cuando acuden a la jurisdicción por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, logran por medio de la sentencia constitutiva dejar sin efecto la vinculación contractual, originando una nueva situación jurídica, tiempo desde el cual se hace exigible el derecho.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término de traslado y a través de apoderada judicial, la entidad demandada presentó escrito de contestación de la demanda oponiéndose a todas las pretensiones de la misma, para lo cual manifestó lo siguiente (Fls. 212 a 220):

Se opuso totalmente a las pretensiones de la demanda, pues consideró que si el Municipio de Tunja contrató los servicios temporales de la docente demandante, ello obedeció a la imposibilidad de vincularla oficialmente en la planta de personal y a la necesidad de desarrollar determinadas actividades; en tal sentido los contratos de prestación de servicios solo generaban para la contratista el derecho a percibir los emolumentos expresamente convenidos y en ningún caso el pago de prestaciones sociales.

Propuso como excepción la siguiente:

- *Prescripción:* Señaló que la solicitud de declaración de la existencia de una relación laboral debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual so pena de prescriba el derecho.

En tal sentido solicitó que con fundamento en lo señalado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 en concordancia con el artículo 102 del Decreto No. 1848 de 1969 y en aplicación analógica del artículo 151 del CPT, se declare que operó el fenómeno de la prescripción, toda vez que la terminación del vínculo contractual surgió entre la señora Rosa Toro Noriega y el Municipio de Tunja (si



Demandante: Rosa Toro Noriega
Demandado: Municipio de Tunja-Secretaría de Educación
Expediente: 15001-23-33-000-2014-00309-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

llegare a existir), acaeció en el año 1999 en tanto la petición de pago las prestaciones se radicó el 19 de febrero de 2014.

3. TRÁMITE DEL MEDIO DE CONTROL

La demanda fue presentada para reparto el 15 de mayo de 2014 (Fl. 36), correspondiendo su conocimiento al Despacho N° 2 de éste Tribunal, el cual mediante proveído del 28 de agosto de 2014 resolvió su admisión (Fls. 45, 46) y la notificación de la admisión se surtió vía correo electrónico el 24 de marzo de 2015 (Fls. 53 a 55). Traslado que fue descrito el día 05 de agosto de 2015 (Fls. 65 a 79).

Mediante auto del 05 de febrero de 2016, el Despacho No. 6 avoca conocimiento del proceso (Fls. 151 a 151 vto.), y a través de auto de fecha 07 de diciembre de 2016, éste Despacho dispuso fijar fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A (Fl. 158).

Dicha audiencia tuvo lugar el 14 de marzo de 2017 y en ella se adelantaron las etapas de saneamiento del proceso, decisión de excepciones previas, fijación del litigio, conciliación y decreto de pruebas (Fls. 164 a 166), resolviéndose su suspensión para recepcionar las pruebas decretadas, lo cual se hizo en la audiencia del 07 de julio de 2017 (Fls. 206, 207).

Adelantada la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del C.P.A.C.A, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegaciones finales.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Parte demandada (Fls 218 a 220):

Corrido el traslado para alegar, la **parte demandada** presentó alegaciones reiterando los argumentos facticos y jurídicos plasmados con la contestación de la demanda, solicitando se nieguen las pretensiones de la demanda.

Al efecto indicó que en tratándose de la prestación del servicio docente bajo la cobertura de un contrato, es claro que aquellos no tienen una relación de subordinación con sus empleadores, sino que ejercen sus labores bajo una coordinación con sus superiores, la cual se supedita al horario de trabajo de la Institución Educativa así como las políticas y programas que brinda la entidad.

Adujo que la parte demandante no demostró por ningún medio, la configuración de los tres elementos que conforman la existencia de la



Demandante: Rosa Toro Noriega
Demandado: Municipio de Tunja-Secretaría de Educación
Expediente: 15001-23-33-000-2014-00309-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

relación laboral, restringiendo su actuar probatorio a allegar unos documentos que en manera alguna acreditan que existió una verdadera subordinación laboral.

Reiteró que en presente asunto operó el fenómeno jurídico de la prescripción, toda vez que el término para presentar la reclamación de las presuntas prestaciones sociales y pensionales se encuentra más que superado, en la medida en que la normatividad otorga tres (3) años para tal fin y en el presente caso se tiene que la terminación de la relación contractual ocurrió en el año 1999 en tanto la reclamación se presentó en el año 2014.

4.3 Ministerio Público (Fls 221 a 231).

La Delegada del Ministerio Público dentro del término procesal correspondiente presentó concepto en el que solicitó acceder parcialmente a las suplicas de la demanda, aplicando la prescripción de los derechos laborales, salvo lo relacionado con los derechos pensionales, para lo cual expuso lo siguiente:

Luego de realizar un resumen de la demanda y la contestación, indicó que el problema jurídico se contrae a determinar si hay lugar a declarar la existencia de un contrato realidad entre la señora Rosa Toro Noriega y el Municipio de Tunja para los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998 y 1999 al haber prestado la demandante sus servicios como docente mediante órdenes de prestación de servicios; en caso afirmativo se deberá determinar si en el presente asunto operó el fenómeno jurídico de la prescripción y si procede el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones.

Precisó que cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo, que en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

Adujo que en relación con la subordinación y dependencia para el caso de los docentes, éste elemento está ínsito en la labor que desarrollan, es decir, resultan consustanciales al ejercicio docente; en esa medida el educador está parlatamente subordinado al reglamento educativo, el calendario académico, el pensum y el horario escolar, aunado a que están sometidos a cumplir con los lineamientos fijados por el Ministerio de Educación.

Ahora bien en cuanto a la naturaleza de la sentencia que reconoce la existencia de una relación laboral, señaló que a pesar de ser constitutiva, la reclamación de los derechos laborales no puede quedar sujeta por término



Demandante: Rosa Toro Noriega
Demandado: Municipio de Tunja-Secretaría de Educación
Expediente: 15001-23-33-000-2014-00309-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

indefinido a la voluntad del interesado, razón por la cual, es deber del trabajador solicitar los derechos dentro de un término prudencial; precisó que el término prescriptivo se debe contar desde que la obligación se hace exigible, en éste caso la exigibilidad no nace con la sentencia, sino desde el mismo momento en que se termina el vínculo contractual en atención al principio de primacía de realidad sobre las formalidades.

Descendiendo al caso concreto señaló que de acuerdo a las pruebas allegada al plenario la señora Toro Noriega prestó sus servicios profesionales para atender una función permanente, por mandato legal asignada a la entidad territorial, de acuerdo con los horarios establecidos por ésta y a cambio de una contraprestación mensual percibida a título de honorarios, es decir, que en la práctica su actividad fue idéntica a la desarrollada por los docentes vinculados a través de acto legal y reglamentario., razón por la que hay lugar a declarar la existencia de un contrato realidad entre la demandante y el Municipio de Tunja para los años 1993 a 1999.

En cuanto a la excepción de prescripción adujo que las acreencias laborales solicitadas se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción, toda vez que lo reclamado, esto es, pago de prestaciones sociales data de los años 1993 y 1999 y la solicitud ante la administración de conformidad con las pruebas obrantes en el proceso sólo se radicó hasta el 19 de febrero de 2014 cuando ya habían transcurrido más de 14 años; sin embargo no ocurre lo mismo con los derechos pensionales reclamados por la parte demandante los cuales deben ser reconocidos.

En suma solicitó se declare la existencia de un vínculo laboral entre la señora Rosa Toro Noriega y el Municipio de Tunja entre el 12 de febrero hasta el 30 de noviembre de 1993; desde el 01 de marzo hasta el 4 de diciembre de 1994; del 23 de enero al 8 de diciembre de 1995; desde el 22 de enero al 9 de diciembre de 1996; del 22 de enero al 9 de diciembre de 1997; del 19 de enero al 4 de diciembre de 1998; del 9 de abril al 11 de junio de 1999 y a título de restablecimiento del derecho ordenar al municipio de Tunja que liquide a valor presente la totalidad de los aportes respectivos para pensión y los consigne al Fondo de Pensiones correspondiente.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con la fijación del litigio que se hiciera en la audiencia inicial, la Sala concreta los siguientes problemas jurídicos a resolver en el presente asunto:



Demandante: Rosa Toro Noriega
Demandado: Municipio de Tunja-Secretaría de Educación
Expediente: 15001-23-33-000-2014-00309-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

1. El problema jurídico se contrae a determinar si en el presente asunto hay lugar a declarar la existencia de un contrato realidad entre la señora Rosa Toro Noriega y el municipio de Tunja para los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998 y 1999, por haber prestado la demandante sus servicios como docente mediante órdenes de prestación de servicios.

2. En caso afirmativo de deberá determinar si en el presente asunto operó el fenómeno jurídico de la prescripción de los derechos laborales reclamados por la demandante y si procede el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

De la interpretación de la demanda, así como de la contestación de la misma, la Sala concreta las tesis argumentativas del caso, para dirimir el objeto de la litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

a) Tesis argumentativa de la parte demandante

Considera la demandante que en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales, se debe declarar la existencia de un contrato realidad entre ésta en su condición de docente y el Municipio de Tunja para los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998 y 1999.

Lo anterior en razón a que se configuran los elementos de la relación laboral, esto es, subordinación, remuneración y prestación personal del servicio docente; así las cosas, afirma que se le deben cancelar los salarios, primas y demás prestaciones en igualdad de condiciones a los educadores nombrados en propiedad.

b) Tesis argumentativa de la parte demandada

A juicio de la apoderado de la entidad demandada los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho, toda vez que la vinculación de la demandante obedeció a la necesidad transitoria de desarrollar la actividad docente, por tanto se celebraron contratos de prestación de servicios, los cuales sólo generaban para el contratista el derecho a percibir los emolumentos expresamente convenidos y en ningún caso el pago de prestaciones sociales, conforme lo dispuesto en el Decreto 222 de 1983 y Ley 60 de 1993.

Asegura que en el presente caso operó el fenómeno de la prescripción toda vez la terminación del vínculo contractual entre la señora Rosa Toro Noriega y el municipio de Tunja, ocurrió en el año de 1999, en tanto la petición de pago de prestaciones fue radicada el 19 de febrero de 2014, esto es, 12 años después, superándose ampliamente el termino trienal de prescripción.



Demandante: Rosa Toro Noriega
Demandado: Municipio de Tunja-Secretaría de Educación
Expediente: 15001-23-33-000-2014-00309-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

c) Tesis argumentativa propuesta por el Ministerio Público

A juicio del Delegado del Ministerio Público se debe acceder parcialmente a las suplicas de la demanda, aplicando la prescripción de los derechos laborales, salvo lo relacionado con los derechos pensionales, toda vez que de acuerdo a las pruebas allegada al plenario la señora Toro Noriega prestó sus servicios profesionales para atender una función permanente, por mandato legal asignada a la entidad territorial, de acuerdo con los horarios establecidos por ésta y a cambio de una contraprestación mensual percibida a título de honorarios, es decir, que en la práctica su actividad fue idéntica a la desarrollada por los docentes vinculados a través de acto legal y reglamentario, razón por la que hay lugar a declarar la existencia de un contrato realidad entre la demandante y el Municipio de Tunja para los años 1993 a 1999.

En cuanto a la excepción de prescripción adujo que las acreencias laborales solicitadas se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción, toda vez que lo reclamado, esto es, pago de prestaciones sociales data de los años 1993 y 1999 y la solicitud ante la administración de conformidad con las pruebas obrantes en el proceso sólo se radicó hasta el 19 de febrero de 2014 cuando ya habían transcurrido más de 14 años; sin embargo no ocurre lo mismo con los derechos pensionales reclamados por la parte demandante los cuales deben ser reconocidos.

d) Tesis argumentativa propuesta por la Sala

La Sala dirá que conforme a las pruebas allegadas al proceso se demostró la existencia de una relación laboral entre la demandante quien se desempeñó como docente y el municipio de Tunja, desvirtuándose la vinculación contractual surgida en las ordenes de prestación de servicios que se suscribieron para los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998 y 1999.

En efecto dirá la Sala que se encuentran acreditados los elementos propios de una relación laboral, esto es, la prestación personal, la remuneración y la subordinación en la vinculación de la señora Rosa Toro Noriega al municipio de Tunja para desempeñarse como docente en las Instituciones Educativas de dicha entidad territorial.

Respecto a la prescripción en asuntos como el presente, concluirá la Sala que quien pretende el reconocimiento de una relación laboral con el Estado, debe hacer la reclamación dentro de los tres años siguientes contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, so pena que se extingan los derechos prestacionales que se deriven de aquella, salvo lo que tiene que ver con los aportes al sistema de seguridad social en pensiones los cuales no están sujetos al fenómeno de la prescripción.



Demandante: Rosa Toro Noriega
 Demandado: Municipio de Tunja-Secretaría de Educación
 Expediente: 15001-23-33-000-2014-00309-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: el *i)* De la existencia del contrato realidad, *ii)* Del carácter permanente y subordinado de la labor docente, *iii)* De lo probado en el proceso y el *iv)* Caso concreto.

2. DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO REALIDAD

En primer orden, el contrato de prestación de servicios se encuentra regulado en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la cual dispone:

“Art.- 32. De los contratos estatales (...) 3. Contratos de prestación de servicios. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializado.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.

La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y aquel de prestación de servicios, en los siguientes términos:

*“(...) Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, **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.***

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

***En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente, consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente (...)**” (Destacado por la Sala).*



Demandante: Rosa Toro Noriega
Demandado: Municipio de Tunja-Secretaría de Educación
Expediente: 15001-23-33-000-2014-00309-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

En tal virtud, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado la necesidad que tratándose de contratos de prestación de servicio, donde se alegue el principio de la primacía de la realidad frente a las formalidades propias de la contratación, le corresponde probar al interesado, que durante el tiempo que duró su vinculación, se dieron los elementos propios de la relación laboral, como son: la prestación personal del servicio, la remuneración y especialmente la subordinación; al respecto, el Consejo de Estado¹ ha manifestado:

“(...) Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

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 establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral (...). (Destacado por la Sala)

En tal sentido para acreditar la existencia de una relación laboral, resulta imprescindible probar que hubo una prestación personal del servicio y una remuneración, pero particularmente que el contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público.

A contrario sensu, el Consejo de Estado, en sentencia de 13 de mayo de 2015², indicó que existirá una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993, cuando se presenten las siguientes características:

“(...) a) se pacte la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública; b) el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada; c) se le paguen honorarios por los servicios prestados; y, d) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Sobre esta última condición para suscribir contratos de

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. C.P. Dr. Gerardo Arena Monsalve. Radicado No 050001233100020010363101 Expediente No 1363-12

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Bogotá D.C., trece (13) de mayo de dos mil quince (2015). REF: EXPEDIENTE No. 680012331000200900636 01 NÚMERO INTERNO: 1230-2014



Demandante: Rosa Toro Noriega
 Demandado: Municipio de Tunja-Secretaría de Educación
 Expediente: 15001-23-33-000-2014-00309-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

prestación de servicios, vale la pena indicar que debe ser entendida a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los demás servidores públicos (...).

Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestran los tres elementos que caracterizan una relación laboral, pero de manera fundamental cuando se compruebe la subordinación o dependencia respecto del empleador así como la permanencia, esto es, que la labor sea inherente a la entidad, evento en el cual, surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, independientemente de la denominación jurídica que se le haya dado a dicha relación.

3. LA PRESUNCIÓN DE RELACIÓN LABORAL CUANDO SE EJERCE LA PROFESIÓN DOCENTE.

Como quiera que el asunto que convoca la atención de ésta Sala tiene que ver con la prestación de servicios docentes a través de contratos de prestación de servicios a favor del Municipio de Tunja, se ha de indicar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido una presunción, según la cual dichos servicios dada la naturaleza de los mismos, se enmarcan en una relación laboral, tal como se señaló en sentencia de 6 de mayo de 2010³, en la que se expuso lo siguiente:

“(...) Las entidades territoriales iniciaron la práctica de contratar los servicios de los denominados “docentes temporales”, ante la imposibilidad de vincularlos oficialmente a las plantas de personal, ya que la legislación que estaba vigente prohibía crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria con cargo al presupuesto estatal.

*Por ello, al estudiar la Corte Constitucional la demanda de inexecuibilidad, entre otros, del artículo 6º de la Ley 60 de 1993, referente a la administración de las plantas de personal docente, estableció que **cuando se trata del desempeño de funciones docentes, éstas no se pueden adelantar a través de contratos de prestación de servicios, porque siempre se predica del ejercicio de dichas actividades la subordinación o dependencia propias de la relación laboral.** Corrobora lo anterior, el objetivo de la labor docente que consagra el artículo 104 de la Ley General de Educación (115 de 1994) al prever que “El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos [...]”; situación que implica que **la labor***

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Magistrado Ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia de 6 de mayo de 2010, Expediente No. 1883-08.



Demandante: Rosa Toro Noriega
Demandado: Municipio de Tunja-Secretaría de Educación
Expediente: 15001-23-33-000-2014-00309-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

docente no es independiente, sino que es un servicio que se presta en forma personal y de manera subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación, que no es posible encubrir mediante contratos de prestación de servicios.

Sostuvo dicha Corporación lo siguiente:

“La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional. Si el Juez, en un caso concreto, decide, porque lo encuentra probado, otorgarle a un docente-contratista el carácter de trabajador al servicio del Estado, puede hacerlo con base en el artículo 53 de la CP. Sin embargo, a partir de esta premisa, no podrá en ningún caso conferírle el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario. El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal” .

En conclusión, la existencia de la relación laboral con los docentes contratistas se presume, sin que ello implique que dicho funcionario de hecho tenga los mismos derechos y obligaciones de los empleados públicos sujetos a un específico régimen legal y reglamentario, una planta de personal y la disponibilidad presupuestal correspondiente (...). (Destacado por la Sala)

El anterior criterio jurisprudencial fue recientemente reiterado por el Consejo de Estado, en sentencia de 19 de enero de 2017⁴, en los siguientes términos:

“(...) De igual forma, en lo que respecta a este tipo de vinculación, en particular cuando se trata de maestros, la Corte Constitucional es del criterio que la «[...] primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional [...]»⁵, y si el intérprete judicial, «[...] en un caso concreto, decide, porque lo encuentra probado, otorgarle a un docente-contratista el carácter de trabajador al servicio del Estado, puede hacerlo con base en el artículo 53 de la CP [...]».

En estos casos, dada la naturaleza de la función docente, el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades cobra especial relevancia, puesto que la labor desempeñada a través de órdenes de prestación de servicios desentraña una verdadera relación de trabajo sobre la apariencia que haya querido ocultarla, como quiera que los

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Bogotá, D. C., diecinueve (19) de enero de dos mil diecisiete (2017). Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho. Expediente: 54001-23-33-000-2012-00180-01 (1706-2015)

⁵ Sentencia C-555 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.



Demandante: Rosa Toro Noriega
 Demandado: Municipio de Tunja-Secretaría de Educación
 Expediente: 15001-23-33-000-2014-00309-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

maestros vinculados bajo esa modalidad de contratación, se insiste, cumplen similares funciones a los de planta que están sujetos a un específico régimen legal y reglamentario y, además, deben acreditar iguales condiciones de formación y experiencia.

Por tanto, la Sala valida el tiempo laborado por el accionante como docente mediante contratos de prestación de servicios, para que, sea contabilizado con el ejercido en propiedad, circunstancia que le permite, previo estudio de su caso particular, acceder al reconocimiento de la pensión gracia (...).
 (Destacado por la Sala)

De acuerdo con el criterio jurisprudencial antes expuesto, es dable concluir que los tiempos laborados por un docente externo o con una vinculación a través de sucesivas órdenes de prestación de servicios, es decir, a través de la figura del docente-contratista, debe ser tenido en cuenta para efectos pensionales.

Lo anterior, teniendo en cuenta que ha sido jurisprudencia pacífica y reiterada del Consejo de Estado sostener que cuando existe una orden de prestación de servicios para la prestación del servicio docente tácitamente se configuran los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal del servicio y remuneración, ello teniendo en cuenta que la labor desempeñada a través de ésta modalidad de vinculación desentraña una verdadera relación de trabajo, como quiera que los maestros vinculados bajo esa modalidad de contratación, se insiste, cumplen similares funciones a los de planta que están sujetos a un específico régimen legal y reglamentario.

Precisamente ésta Corporación en sentencia 16 de diciembre de 2014⁶, respecto al servicio docente a través de órdenes de prestación de servicios, precisó lo siguiente:

(...) Ahora, en tratándose de la actividad docente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que la subordinación y la dependencia se encuentran ínsitas en la labor docente⁷. Este argumento se sustenta en la definición que de la labor docente se ha establecido en el artículo 2 del Decreto 2277 de 1979 y reafirmada por el artículo 104 de la Ley General de Educación-Ley 115 de 1994, al prever que los educadores son los orientadores del proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos en cada establecimiento educativo y que se encuentran sometidos permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, como el Ministerio de Educación y las Secretarías de Educación correspondientes (...)

⁶ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de decisión No. 5. M.P. FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS. Rad: 15001333301220130004801.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá D.C. 14 de agosto de 2008. Radicación No. 0157-08.



Demandante: Rosa Toro Noriega
Demandado: Municipio de Tunja-Secretaría de Educación
Expediente: 15001-23-33-000-2014-00309-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

De otra parte respecto al horario que deben desarrollar los docentes, es el artículo 57 del Decreto 1860 de 1994, reglamentario de la Ley 115 de 1994, el que establece el calendario académico de todos los establecimientos educativos estatales (...).

Colígese de lo anterior que la labor docente en los establecimientos educativos oficiales no es independiente, dado que por su particularidad (servicio público), requiere que el servicio se preste personalmente y que esté permanentemente subordinado al cumplimiento del horario, de los reglamentos y políticas educativas, además al constatar el requisito de la remuneración como contraprestación del servicio, observa la Sala que cada una de las órdenes de prestación de servicios que suscribió el actor con la entidad demandada, se dejó establecido que percibiría “una asignación mensual como salario integral” (fls 24 a 27), razones que conllevan a la Sala a concluir que los elementos de la relación laboral deben entenderse satisfechos por el demandante quien suscribió con el municipio de Cómbita sucesivos contratos de prestación de servicios para desempeñar labores como docente (fls 16 a 24) (...).”

En suma conforme a lo antes expuesto, en los casos de prestación de servicios por parte de los docentes a favor de una entidad territorial, al tratarse de funciones en las cuales hay subordinación continuada, una labor personal y una contraprestación económica o remuneración, no es posible que se desarrolle a través de contratos de prestación de servicios configurándose una presunción de existencia una relación laboral.

4. DE LAS PRUEBAS ALLEGADAS AL PROCESO

Al expediente fueron allegados los siguientes elementos de prueba, útiles a efectos de resolver los problemas jurídicos planteados:

- La señora Rosa Toro Noriega mediante petición de fecha 19 de febrero de 2014 solicitó a la Secretaría de Educación del Municipio de Tunja el pago a título de indemnización de las prestaciones sociales equivalentes a las devengadas por los docentes para los años 1993 hasta 1999, petición que fue negada a través del acto administrativo aquí demandado (Fls 7 a 9, 80 a 83).
- Por parte de la Secretaría de Educación de Tunja se allegó informe en el que se indica que revisados los archivos de la entidad, la señora Rosa Toro Noriega, suscribió los siguientes contratos de prestación de servicios:



Demandante: Rosa Toro Noriega
 Demandado: Municipio de Tunja-Secretaría de Educación
 Expediente: 15001-23-33-000-2014-00309-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

Contrato	Fecha Inició	Fecha Terminación	Objeto	Valor
No. 007 de 12-02-1993	12-feb-1993	30-nov-1993	Prestación de servicios como docente en el Colegio San Francisco de Tunja.	\$110.000 mensuales
No. 0084 de 01-03-1994	01-mar-1994	04-dic-1994	Prestación de servicios como docente en el Colegio Los Libertadores de Tunja.	\$140.000 mensuales
No. 007 de 23-01-1995	23-ene-1995	08-dic-1995	Prestación de servicios como docente en el Colegio Los Libertadores de Tunja.	\$2.654.104
No. 0025 de 22-01-1996	22-ene-1996	09-dic-1996	Prestación de servicios como docente en el Colegio Los Libertadores de Tunja.	Lo establecido en el Estatuto Docente.
No. 010 de 22-01-1997	22-ene-1997	09-dic-1997	Prestación de servicios como docente en el Colegio Los Libertadores de Tunja.	Lo establecido en el Estatuto Docente.
No. 020 de 19-01-1998	19-ene-1998	04-dic-1998	Prestación de servicios como docente en el Colegio Los Libertadores de Tunja.	Lo establecido en el Estatuto Docente.
No. 024 de 09-04-1999	09-abr-1999	11-jun-1999	Prestación de servicios como docente en la Concentración el Dorado de Tunja.	Lo establecido en el Estatuto Docente.

- De igual forma allegó informe en el que indicó que el contrato de prestación de servicios del año 1993, tuvo un plazo inicial de 5 meses desde el 12 de febrero hasta el 02 de julio de 1993 y un Otrosí mediante el cual se prorroga hasta el día 30 de noviembre de 1993 (FI 191).
- Copia de la Resolución No. 0086 de 28 de febrero de 1996, por medio de la cual la Junta Seccional de Escalafón del Ministerio de Educación Nacional, revoca parcialmente la Resolución No. 4140 de 15 de noviembre de 1996, mediante la cual se ascendió al grado 8 del escalafón docente a la señora Rosa Toro Noriega, en cuanto a la fecha en que se hizo efectivo el ascenso (FI 18).
- Copia de la Resolución No. 01506 de 25 de marzo de 1998, por medio de la cual la Junta Seccional de Escalafón del Ministerio de Educación



Demandante: Rosa Toro Noriega
Demandado: Municipio de Tunja-Secretaría de Educación
Expediente: 15001-23-33-000-2014-00309-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

Nacional, ascendió a la señora Rosa Toro Noriega al grado diez (10) del escalafón nacional docente (FI 27 vto.).

Con fundamento en el acervo probatorio previamente relacionado, procede la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados en el caso concreto.

5. CASO CONCRETO

Analizadas las pruebas recaudadas a la luz de la doctrina del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en materia laboral, la Sala concluye que en el Sub lite se configuraron los elementos de una relación de trabajo entre el señora Rosa Toro Noriega y el municipio de Tunja, pese a que su vinculación se efectuó bajo la figura del contrato de prestación de servicios.

En efecto, en cuanto a la prestación personal del servicio, los contratos de prestación de servicios allegados en el curso del proceso, dan cuenta que la demandante fue vinculada al municipio de Tunja mediante sucesivos contratos, para la prestación del servicio docente en las Instituciones Educativas de dicho ente territorial, tal como se observa en la siguiente tabla:

CONTRATO	VIGENCIA
No. 007 de 12-02-1993	Del 12 de febrero hasta el 02 de julio de 1993, prorrogado hasta el 30 de noviembre de 1993.
No. 0084 de 01-03-1994	Desde el 01 de marzo hasta el 04 de diciembre de 1994.
No. 007 de 23-01-1995	Del 23 de enero al 08 de diciembre de 1995.
No. 0025 de 22-01-1996	Del 22 de enero al 09 de diciembre de 1996.
No. 010 de 22-01-1997	Del 22 de enero al 09 de diciembre de 1997.
No. 020 de 19-01-1998	Del 19 de enero al 04 de diciembre de 1998.
No. 024 de 09-04-1999	Del 9 de abril al 11 de junio de 1999.

La tabla anterior permite establecer la **prestación personal** del servicio docente, por parte de la demandante a favor de la entidad demandada en los periodos de tiempo que se relacionaron en precedencia.

De igual modo, percibió una **remuneración** o contraprestación económica por la labor personal que realizó a favor del municipio de Tunja, tal como se evidencia de la lectura de las órdenes de prestación de servicios donde se pactó el valor de los servicios prestados; en efecto para los años 1993 a 1995, se pactó de manera expresa la remuneración, en tanto a partir del año 1996 a 1999, se indicó que el valor de los servicios prestaros correspondería al establecido en el Estatuto Nacional Docente.

Ahora bien en cuanto tiene que ver con la **subordinación**, la Sala encuentra probado con los elementos de convicción allegados al plenario, que la



Demandante: Rosa Toro Noriega
Demandado: Municipio de Tunja-Secretaría de Educación
Expediente: 15001-23-33-000-2014-00309-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

señora Rosa Toro Noriega fue vinculada para prestar el servicio docente en diferentes en las Instituciones Educativas del Municipio de Tunja, vinculación que no fue esporádica sino que se prolongó desde el año 1993 hasta el 1999.

Así las cosas, tal como se indicó en el numeral 3 de la presente sentencia, en donde se dejó en claro que conforme lo ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado, los docentes vinculados a través de órdenes de prestación de servicios los elementos de subordinación y dependencia son inherentes a la labor que desempeñan.

En tal sentido, la labor docente no puede ser ejercida de manera autónoma e independiente, en tanto tal actividad se encuentra necesariamente subordinada al cumplimiento de los reglamentos educativos propios de la Institución Educativa donde presta el servicio, pero también a las políticas que fije el Ministerio de Educación y/o la Secretaría de Educación del Municipio de Tunja, al pensum académico y al calendario escolar previamente fijado, el cual no puede ser modificado a voluntad del docente.

Aunado a lo anterior no debe perderse de vista que la labor educativa, sin duda hace parte de aquellas que de ordinario realiza la Administración Pública a través de sus entidades e instituciones, cuyo personal docente ostenta una vinculación legal y reglamentaria.

En el presente caso, tal como quedó visto en precedencia, se encuentra probado que la demandante prestó sus servicios como docente de manera consecutiva desde el año 1993 a 1999 a favor de Municipio de Tunja a través de contratos y órdenes de prestación de servicios, en las Instituciones Educativas Colegio San Francisco de Tunja, Colegio Los Libertadores de Tunja y Concentración el Dorado de Tunja.

Es consecutiva la prestación del servicio, en tanto las interrupciones que se advierten entre uno y otro contrato obedecen a la terminación del año académico, periodos en los cuales resulta obvio que no fueron contratados los servicios docentes ya que correspondían a periodos de vacaciones estudiantiles; lo anterior, contrario a lo afirmado por el apoderado de la parte demandada, desvirtúa cualquier transitoriedad en la prestación del servicio, caracteriza propia de los contratos de prestación de servicios de que trata la Ley 80 de 1993.

Aunado a lo anterior no debe perderse de vista que durante la vinculación de la señora Rosa Toro Noriega como docente a través de contratos de prestación de servicios, por parte de la Junta de Escalafón Docente del Ministerio de Educación Nacional se expidieron las Resoluciones No. No. 4140 de 15 de noviembre de 1996 y No. 01506 de 25 de marzo de 1998, por medio de la cuales se ascendió a la demandante en dicho escalafón a los grados ocho y diez respectivamente, lo cual evidencia la equivalencia en la



Demandante: Rosa Toro Noriega
Demandado: Municipio de Tunja-Secretaría de Educación
Expediente: 15001-23-33-000-2014-00309-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

prestación del servicio docente respecto a los vinculados legal y reglamentariamente.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala encuentra acreditados los elementos propios de una relación laboral, esto es, la prestación personal, la remuneración y la subordinación en la vinculación de la señora Rosa Toro Noriega al municipio de Tunja para prestar el servicio docente en las Instituciones Educativas del municipio, razón por la cual queda desvirtuada la vinculación contractual de la demandante.

Así las cosas, hay lugar a declarar que entre la señora Rosa Toro Noriega y el municipio de Tunja existió una relación laboral en los siguientes periodos de tiempo: **a)** Del 12 de febrero hasta el 02 de julio de 1993, prorrogado hasta el 30 de noviembre de 1993, **b)** Desde el 01 de marzo hasta el 04 de diciembre de 1994, **c)** Del 23 de enero al 08 de diciembre de 1995, **d)** Del 22 de enero al 09 de diciembre de 1996, **e)** Del 22 de enero al 09 de diciembre de 1997, **f)** Del 19 de enero al 04 de diciembre de 1998, **g)** Del 9 de abril al 11 de junio de 1999.

5.1 De la prescripción

Si bien la Sala encontró probada la existencia de una relación laboral entre la aquí demandante y el Municipio de Tunja para los años 1993 a 1999, ello como consecuencia de la prestación del servicio docente, procede la Sala a verificar si los derechos surgidos de tal declaración se encuentran afectados total o parcialmente con el fenómeno jurídico de la prescripción.

En tal sentido, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 prevé el fenómeno jurídico de la prescripción, en los siguientes términos:

“Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en éste decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho debidamente determinado, pero sólo por un lapso igual”.

De igual forma, el Decreto 1848 de 1969 reglamentario del decreto antes referido, en el artículo 102, establece:

“Artículo 102. Prescripción de acciones. 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en éste Decreto, prescribirán en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.



Demandante: Rosa Toro Noriega
 Demandado: Municipio de Tunja-Secretaría de Educación
 Expediente: 15001-23-33-000-2014-00309-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

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”.*

Ahora bien, en tratándose del conteo de la prescripción cuando se declara la existencia de un contrato realidad, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha tenido posiciones divergentes en cuanto al momento en que debe entenderse que el derecho es exigible.

En tal sentido, existían pronunciamientos que indicaban que la reclamación de los derechos laborales debía realizarse dentro de los tres años siguientes a la finalización del contrato a fin de evitar la prescripción; tal tesis fue sostenida en las siguientes providencias: sentencia de 6 de septiembre de 2013. C.P. Alfonso Vargas Rincón Rad: 2013-01662; sentencia 9 de abril de 2014. C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, Rad: 0131-13; Sentencia de 11 de marzo de 2016. C.P. Sandra Liseth Ibarra Vélez, Rad: 2744-2015.

No obstante, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 8 de mayo de 2014 Rad: 2725-2012, adoptó una posición disímil a la planteada anteriormente, indicando que la reclamación del interesado para solicitar el pago de los derechos laborales derivados de la declaración de existencia de un contrato realidad, debía hacerse dentro de los cinco (5) años siguientes a la terminación del vínculo contractual, esto en aplicación del artículo 66 del CCA, que establecía la figura del decaimiento de los actos administrativos.

En razón al anterior panorama jurisprudencial, en el que se advierte que no existía una posición unificada respecto al término para hacer la respectiva reclamación a fin de que se declare la existencia de un contrato realidad y el consecuente reconocimiento de las prestaciones laborales que de allí se deriven, el Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 de 25 de agosto de 2016⁸, precisó tal circunstancia en los siguientes términos:

“(…) En lo concerniente al término prescriptivo, advierte la Sala que no cabe duda acerca del fundamento normativo, es decir, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, según los cuales aquel lapso es de tres (3) años, que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, en razón a que lo que se reclama en éste tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento de las prestaciones a que se tendría derecho si la Administración no hubiese utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral.

⁸ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter. Rad: 230001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015).



Demandante: Rosa Toro Noriega
Demandado: Municipio de Tunja-Secretaría de Educación
Expediente: 15001-23-33-000-2014-00309-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

Respecto de la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el aludido interregno, es del caso interpretar los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en armonía con el mandato contenido en el artículo 12 (numeral 2) del convenio 95 de la OIT, de acuerdo con el cual los ajustes finales de los salarios debidos tienen lugar desde la terminación del nexo contractual con el empleador, por cuanto es desde ese momento en que se podrá demostrar que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral con el Estado (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación) y, en consecuencia reclamar el pago de las prestaciones a las que tendría derecho de comprobarse ese vínculo, todo lo anterior en virtud de los principios de favorabilidad⁹, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales¹⁰ y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales¹¹, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas¹² e irrenunciabilidad a la seguridad social¹³.

Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la "...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales" (Artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinado en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios.

⁹ Constitución Política, artículo 53.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-1141 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto. "El principio de progresividad y la prohibición de regresividad representa un componente esencial de la garantía de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, y dentro de ellos los derechos de seguridad social. La exigibilidad judicial de la protección de un derecho social, debe ser complementada con la posibilidad de conformar contenidos o estándares mínimos constituidos por prestaciones concretas, cuya garantía se pueda posicionar de manera general como un punto sobre el cual avanzar, y de no retorno en cuanto al carácter inquestionable de su satisfacción".

¹² Constitución Política, artículo 25.

¹³ *Ibidem*, artículo 48, inciso 2º.



Demandante: Rosa Toro Noriega
 Demandado: Municipio de Tunja-Secretaría de Educación
 Expediente: 15001-23-33-000-2014-00309-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales (...). (Destacado por la Sala)

Así las cosas, teniendo en cuenta la sentencia de unificación jurisprudencial antes vista y que fue proferida en aplicación de lo previsto en el artículo 271 del C.P.A.C.A., en materia de prescripción en asuntos como el presente, quien pretende el reconocimiento de una relación laboral con el Estado, debe hacer la reclamación dentro de los tres años siguientes contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, so pena que se extingan los derechos prestacionales que se deriven de aquella, salvo en lo relacionado con los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, los cuales son imprescriptibles.

Bajo el derrotero anterior, encuentra la Sala que la vinculación contractual de la señora Rosa Toro Noriega para prestar el servicio de docencia en Instituciones Educativas del Municipio de Tunja, se prolongó desde el 12 de febrero de 1993 hasta el 11 de junio de 1999, razón por la cual y pese a que tal como se indicó en precedencia se advierten algunas interrupciones entre la suscripción de los contratos, es a partir de ésta última fecha se debe contabilizar el término prescriptivo en éste caso.

A propósito de las interrupciones presentadas en el marco de los contratos de prestación de servicios suscritos por la señora Rosa Toro Noriega, el Consejo de Estado en sentencia de 11 de noviembre de 2009, precisamente haciendo referencia a un contrato de prestación de servicios docente, indicó lo siguiente en relación con las interrupciones en el marco de un contrato realidad:

“(...) Si bien es cierto que el ordenamiento jurídico establece condicionamientos para reconocer la existencia de algunos derechos laborales, siendo uno de estos la ausencia de solución de continuidad entendida como aquella interrupción del servicio por más de 15 días hábiles (Vr. Gr. Artículo 10 del Decreto 1045 de 1978), se advierte, que las preceptivas que establecen tales periodos regulan las vinculaciones de carácter legal y reglamentario, siendo inaplicables a las súplicas de la presente demanda por tratarse de un funcionario de hecho. (...)

Si bien debe aceptarse que durante la prestación del servicio se presentaron interrupciones de 1 mes y 20 días; 1 mes y 26 días, 3 meses y 13 días, 17 días, 1 día, 2 días y 1 mes y 21 días, tal situación lo que evidencia es la irregularidad de la Administración al mantener a un contratista prestando labores permanentes y ordinarias al servicio de la



Demandante: Rosa Toro Noriega
Demandado: Municipio de Tunja-Secretaría de Educación
Expediente: 15001-23-33-000-2014-00309-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

*Función Pública debiéndose en consecuencia reparar el daño de la conducta antijurídica, al ser imposible retrotraer la situación al estado anterior, derivada de la entidad demandada cuya liquidación incluirá **para efectos prácticos la sumatoria de los extremos laborales incluyendo las interrupciones pero descontando del total de las condenas.***

Para la Sala queda claro que si el contrato realidad tiende a equiparar al Docente contratista con el Docente de Planta, es apenas lógico que si este último devenga sus prestaciones sociales durante todo el año sin solución de continuidad, igual derecho tiene la actora quien quedó cesante durante las interrupciones contractuales aunque descontadas de las condenas, siempre y cuando sean razonables e indiquen que durante la terminación de una orden de servicio y el inicio de la siguiente transcurrió el tiempo necesario para proveer la asignación presupuestal; o bien las vacaciones o el receso escolar, tal como lo evidencia el sub-examine.(...)¹⁴. (Destacado por la Sala)

Así las cosas, a juicio de la Sala las interrupciones que se hayan presentado en el marco de la vinculación por órdenes de prestación de servicios, pueden ser consideradas como el punto de partida para contabilizar el término prescriptivo, siempre y cuando éstas no sean razonables y no encuentren justificación en el espacio de tiempo que debió utilizar la entidad a efectos de adelantar todos los trámites administrativos correspondientes a fin de lograr nuevamente la vinculación del contratista, pues de lo contrario deberá estarse a la finalización definitiva del vínculo contractual como punto de partida del término prescriptivo, tal como ocurre en el presente asunto.

En tal sentido, la no solución de continuidad que se predicara respecto de algunas órdenes de prestación de servicios únicamente es para efectos de contabilizar el término de prescripción; no obstante tales interrupciones deben ser descontadas del total de la condena.

En suma como quiera que el último vínculo contractual de la señora Rosa Toro Noriega con el Municipio de Tunja, finalizó el 11 de junio de 1999, en tanto la petición a efectos de que se reconociera las acreencias laborales causadas entre el 12 de febrero de 1993 y el 11 de junio de 1999, esto es, por fuera del término de prescripción trienal previsto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 reglamentado por el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, fuerza concluir que operó la prescripción de los derechos laborales originados por la declaración de existencia de contrato realidad, salvo en lo que tiene que ver con los aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones, tal como se expone a continuación.

En efecto, frente a los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, la Sala advierte que los mismos no pertenecen al empleador ni al trabajador, debido a que se trata de bienes públicos de naturaleza parafiscal y en tal

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Rad: 2486-2008.



Demandante: Rosa Toro Noriega
 Demandado: Municipio de Tunja-Secretaría de Educación
 Expediente: 15001-23-33-000-2014-00309-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

virtud no son derechos de libre disposición, razón por la cual no están sujetos a ningún término prescriptivo; precisamente ésta Corporación en sentencia de 16 de diciembre de 2014 el Tribunal Administrativo de Boyacá¹⁵, indicó:

“(..). No obstante lo anterior, debe aclarar la Sala que los aportes al Sistema de Seguridad Social y especialmente los del Sistema General en Pensiones, como lo ha definido la ley y la abundante jurisprudencia constitucional, no pertenecen al empleador ni al trabajador o a la administradora o entidad correspondiente, debido a que se trata de bienes públicos de naturaleza parafiscal, que no constituyen impuestos ni contraprestación salarial, lo que implica que dichos valores no pueden destinarse a otros fines diferentes a los previstos en la norma especial aplicable al Sistema, de manera que si la prescripción se predica de derechos de libre disposición y los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones en tanto constituyen recursos de orden parafiscal no son de libre disposición, forzoso resulta concluir que los aportes destinados al Sistema General de Pensiones no tienen término prescriptivo alguno.

Aunado a lo anterior, es necesario tener presente que, como lo ha expresado la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, el derecho pensional es imprescriptible, en consecuencia, al constituir los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones el presupuesto material necesario para el reconocimiento del derecho pensional, tal circunstancia habilita tanto a los trabajadores como a las entidades administradoras, hacer exigibles al empleador, también en cualquier tiempo, los aportes pensionales correspondientes a la vinculación laboral del trabajador, lo que significa que los aportes que por mandato legal deben ser tenidos en cuenta para la conformación del derecho pensional, tampoco están sujetos a ningún término de prescripción (...).” (Destacado por la Sala).

Así las cosas, al encontrarse acreditada la existencia de la relación laboral entre la señora Rosa Toro Noriega y el municipio de Tunja, el tiempo laborado por la demandante debe ser tenido en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión, en la medida en que como quedó visto, los aportes pensionales no están sujetos a ningún término de prescripción.

En éste punto la sentencia de unificación del Consejo de estado de 25 de agosto de 2016, en cuanto a los aportes al sistema de seguridad social los cuales tienen plena incidencia en el derecho pensional, realizó las siguientes precisiones:

“(..). Pese a lo anterior, en atención a que los aportes al sistema de seguridad social inciden en el derecho pensional, que es imprescriptible, tal como se explicó en precedencia, la accionada deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1º de julio de 1986 y el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se

¹⁵ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de decisión No. 5. M.P. FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS. Rad: 15001333301220130004801.



Demandante: Rosa Toro Noriega
Demandado: Municipio de Tunja-Secretaría de Educación
Expediente: 15001-23-33-000-2014-00309-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

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 hubiere hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumba como trabajadora (...)”.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo dicho por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación antes vista, en el caso concreto corresponden al municipio de Tunja, en relación con los aportes a pensión de la demandante:

- i) Tomar mes a mes durante el tiempo comprendido entre el 01 de marzo de 1993 al 11 de junio de 1999, salvo sus interrupciones el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante, esto es los honorarios pactados;*
- ii) 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;*
- iii) La demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiere hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumba como trabajadora.*

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala declarará la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el Oficio SAC-2014EE903 de 12 de marzo de 2014 por medio del cual el Municipio de Tunja, negó el reconocimiento de la existencia de un contrato realidad entre éste y la señora Rosa Toro Noriega, en el periodo comprendido entre el 01 de marzo de 1993 al 11 de junio de 1999.

Como consecuencia de lo anterior se declarará la existencia de un contrato realidad entre la señora Rosa Toro Noriega y el Municipio de Tunja, en el periodo comprendido entre el 01 de marzo de 1993 al 11 de junio de 1999, pese a lo cual se declarará probada la excepción de prescripción de los derechos laborales, salvo en lo que tiene que ver con los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, los cuales no están sujetos a ningún término prescriptivo.

6. COSTAS



Demandante: Rosa Toro Noriega
Demandado: Municipio de Tunja-Secretaría de Educación
Expediente: 15001-23-33-000-2014-00309-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

En cuanto a las **costas en primera instancia**, en el presente caso no hay lugar a ello, por cuanto hubo prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda tal como lo establece el numeral 5º del artículo 365 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 5, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el Oficio SAC-2014EE903 de 12 de marzo de 2014, por medio del cual el Municipio de Tunja, negó el reconocimiento de la existencia de un contrato realidad entre éste y la señora Rosa Toro Noriega, en el periodo comprendido entre el 01 de marzo de 1993 al 11 de junio de 1999, por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: Declarar que entre la señora ROSA TORO NORIEGA identificada con C.C. No. 37.929542 y el MUNICIPIO DE TUNJA existió una relación laboral en el periodo comprendido entre el 01 de marzo de 1993 al 11 de junio de 1999, por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.

TERCERO: Declarar probada la excepción de prescripción en relación con las pretensiones de reconocimiento y pago de las prestaciones laborales relacionadas con los contratos de prestación de servicios celebrados entre el 01 de marzo de 1993 al 11 de junio de 1999, excepto en lo que tiene que ver con los aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones los cuales son imprescriptibles.

CUARTO: Como Consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, en cuanto a los aportes a Sistema de Seguridad Social en pensiones, se ordena al Municipio de Tunja que durante los periodos de tiempo: **a)** Del 12 de febrero hasta el 02 de julio de 1993, prorrogado hasta el 30 de noviembre de 1993, **b)** Desde el 01 de marzo hasta el 04 de diciembre de 1994, **c)** Del 23 de enero al 08 de diciembre de 1995, **d)** Del 22 de enero al 09 de diciembre de 1996, **e)** Del 22 de enero al 09 de diciembre de 1997, **f)** Del 19 de enero al 04 de diciembre de 1998, **g)** Del 9 de abril al 11 de junio de 1999, tome mes a mes el ingreso base de cotización pensional de la señora Rosa Toro Noriega, esto es los honorarios pactados, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar cotizar al respectivo fondo de pensiones en la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador; la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la



Demandante: Rosa Toro Noriega
 Demandado: Municipio de Tunja-Secretaría de Educación
 Expediente: 15001-23-33-000-2014-00309-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

eventualidad de que no las hubiere hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumba como trabajador; sin embargo en el evento en que la demandante haya realizado la totalidad del aporte a pensión, el municipio de Tunja deberá reintegrarle a éste el porcentaje que le correspondía cotizar como entidad empleadora.

La entidad de pensiones a la que se encuentre afiliado el demandante deberá computar el tiempo laborado en los periodos descritos para efectos pensionales; además esas sumas deberán ajustarse conforme lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 y devengaran intereses moratorios en los términos previstos en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, a partir de la ejecutoria de ésta providencia.

QUINTO: Sin condena en costas en ésta instancia.

SEXTO: En firme la presente providencia, **ARCHÍVESE** el proceso, previas las anotaciones del caso.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Ausente Con Permiso
FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
 Demandante: Rosa Toro Noriega
 Demandado: Municipio de Tunja
 Expediente: 15001233300020140030900

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
 NOTIFICACION POR ESTADO

El auto anterior se notifica por estado
 No. 169 de hoy 3 OCT 2017