



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Popayán, diecinueve (19) de marzo de dos mil veinte (2020)

Magistrado Sustanciador: David Fernando Ramírez Fajardo

EXPEDIENTE: **19001-33-33-008-2016-00004-01**
M. DE CONTROL: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
ACTOR: **LUZ DARY CASTRO**
DEMANDADO: **MUNICIPIO DE CAJIBIO (CAUCA)**

SENTENCIA No. 053

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por el municipio de Cajibío, contra la Sentencia No. 161 de 13 de noviembre de 2018, proferida en audiencia inicial por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES.

1.1.- Demanda.¹

La señora LUZ DARY CASTRO, demandó a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para que se declare la nulidad del Oficio D.D.A. 100 – No. 3392 de 09 de junio de 2015.

A título de restablecimiento del derecho solicita que el municipio de Cajibío, reconozca y pague los salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social y parafiscales, pagados a los docentes de planta; ella ha laborado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios.

Asimismo, se ordene la devolución de las sumas pagadas correspondiente a seguridad social en salud y pensión junto con las sumas pagadas por concepto de pólizas de cumplimiento adquiridas durante el vínculo y se declare que el tiempo trabajado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios se compute para efectos pensionales.

1.2.- Supuestos fácticos.

En la demanda se narran los hechos que a continuación se sintetizan, como respaldo de las pretensiones de la actora:

¹ Folio 1-11 C. Ppal.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-008-2016-00004-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: LUZ DARY CASTRO
DEMANDADO: MUNICIPIO DE CAJIBIO (CAUCA)

Que la señora LUZ DARY CASTRO, laboró a través de la modalidad de contrato de prestación de servicio, con el municipio de Cajibío (Cauca), desde el 1 de septiembre de 1995 hasta el 15 de enero de 1997, estando en iguales condiciones a los docentes de planta de dicha entidad.

Que la educadora prestaba de manera personal el servicio, con una remuneración que percibía por cuenta de la administración municipal. Esto es, cumpliendo los requisitos de una verdadera relación laboral.

Añade que durante el vínculo, debió cancelar el porcentaje de seguridad social en pensión y salud, más la póliza de cumplimiento equivalente al 10% del valor del contrato. Que una vez cumplido dicho requisito, la entidad demandada cancelaba el valor del contrato.

Que solicitó el reconocimiento y pago de sus acreencias laborales, lo cual fue negado a través del acto demandado.

1.3.- La oposición.

1.3.1.- Municipio de Cajibío (Cauca)².

Frente a los hechos, manifiesta que contrario a lo señalado por la parte actora, la docente prestó sus servicios a través de contrato, desde el 1º de septiembre 1995 hasta el 14 de enero de “1996”. Que fue nombrada mediante decreto de 15 de enero de 1997.

Que si bien los servicios se prestaron de forma personal y remunerada, en ningún momento existió subordinación con el municipio, ya de que, de manera libre, la señora Luz Dary Castro impartía su cátedra académica.

Que dentro del presente asunto, no se demuestra que se encontrare en iguales condiciones a los docentes empleados públicos del municipio, ni se acredita que se hubiese realizado pago por concepto de cotizaciones.

Como fundamento de Derecho, arguye que cuando se pretenda la declaratoria de una verdadera relación laboral, el interesado cuenta con 3 años, luego de haber cesado el vínculo laboral, sin que pueda confundirse el tiempo que se tiene para incoar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con el término de prescripción de los derechos. Que al solicitar una relación que jamás existió, la parte actora tenía 3 años desde el término de esta, pero solo se hizo 13 años después.

Que la expedición del acto administrativo, no revive ni interrumpe el término de prescripción. Con fundamento en lo anterior, propone la excepción de caducidad.

² Folio 52-57C. Ppal.

1.4.- La sentencia apelada.³

En audiencia inicial celebrada el 13 de noviembre de 2018, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, accedió a las pretensiones de la demanda. Falló:

“PRIMERO.- Declarar probada la excepción de prescripción trienal en relación el pago de salario y prestaciones sociales solicitadas por la señora LUZ DARY CASTRO OVIEDO, por lo referido en precedencia.

SEGUNDO.- Declarar la nulidad total del acto administrativo contenido en oficio N° D.D.A 100-3392 del 9 de junio de 2015, emanada del Alcalde de Cajibío mediante la cual se le negó a la señora LUZ DARY CASTRO OVIEDO el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, por las razones expuestas.

TERCERO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condena al Municipio de Cajibío a computar para efectos pensionales el tiempo laborado por la señora LUZ DARY CASTRO OVIEDO como profesora bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, desde el 1º de septiembre de 1995 hasta el 14 de enero de 1997.

Para ello deberá tener durante el tiempo comprendido entre el 1º de septiembre de 1995 hasta el 14 de enero de 1997, 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.

La señora LUZ DARY CASTRO OVIEDO 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.

CUARTO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

Para sustentar su decisión, encontró acreditado que la demandante prestó sus servicios durante los años 1995, 1996 y 1997 para el municipio de Cajibío en calidad de docente de manera personal, recibiendo por ello, remuneración por trabajo cumplido.

Que pese a que no se aportó prueba de los pagos recibidos, la entidad demandada no discutió ese aspecto ni se opuso a ello, pues incluso después de una década, certificó los pagos realizados y su valor, entendiendo que existió cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la docente. En cuanto al elemento de la subordinación, indicó que la labor docente lleva implícito este elemento. Así, consideró desdibujado el vínculo contractual, debiendo acudir al principio de primacía de la realidad sobre las formas.

Que las prestaciones sociales y salariales se encontraban afectadas por el fenómeno de la prescripción extintiva, dado que la relación contractual finalizó el

³ Folio 102 ibídem

14 de enero de 1997 y solo hasta el 24 de abril de 2015 se realizó la respectiva reclamación administrativa.

Que pese a lo anterior, conforme la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016, los aportes al sistema de seguridad social inciden en el derecho pensional, son de carácter imprescriptible, y por tanto, ordenó al municipio realizar los aportes, de encontrar que hubo diferencia entre los realizados y los que se debieron efectuar.

1.5.- El recurso de apelación⁴

Solicitó se revoque el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia. Arguye que existió violación al debido proceso de la entidad, dado que, dentro del proceso, la parte demandante no acreditó pago o aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

Que de ser aportada la prueba con posterioridad al proceso, se cercenaría el derecho de defensa del municipio al no contar con la oportunidad procesal para controvertir dichos documentos.

Después de hacer referencias conceptuales sobre la prueba y la valoración de ella, argumenta que correspondía a la parte actora acreditar las cotizaciones que realizó al sistema durante sus vínculos contractuales y que en el evento de que se hubiese hecho o existiera diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que incumbía como trabajadora.

Que la parte actora, desde la presentación de la demanda, debía clarificar al despacho sobre el porcentaje que correspondía el pago, al municipio de Cajibío; sin embargo, se consideró que ello debía hacer "POST FALLO", lo que vulnera el derecho al debido proceso y defensa, comoquiera que la decisión se encuentra supeditada a documentos que no fueron legalmente aportados en el trámite procesal y sobre los cuales se pretende sustentar el valor del fallo condenatorio, dado que se trata de sumas dinerarias que debieron ser acreditadas oportunamente al momento de estimar razonablemente la cuantía del proceso.

1.6.- Actuación en segunda instancia.

Por auto de 11 de diciembre de 2018, se admitió el recurso de apelación interpuesto⁵, y por auto del 18 de diciembre de 2018, se corrió traslado a las partes para alegar por el término de diez (10) días⁶.

Las **partes** no se pronunciaron en esta fase procesal.

La **representante del Ministerio Público**⁷, frente al caso concreto estimó que, conforme las pruebas obrantes en el plenario, se encontraba acreditado que la demandante tuvo una relación de subordinación o dependencia con el municipio en el ejercicio de sus actividades como docente, sometida a las exigencias impuestas por el ente territorial para el ejercicio de su labor.

⁴ Folio 103-109 ibídem

⁵ Folio 3 ibídem.

⁶ Folio 9 ibídem

⁷ Folio 19- ibídem

EXPEDIENTE: 19001-33-33-008-2016-00004-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: LUZ DARY CASTRO
DEMANDADO: MUNICIPIO DE CAJIBIO (CAUCA)

Indicó que el pago de los aportes a pensión tiene una connotación de imprescriptible e irrenunciable, por lo que no opera el término prescriptivo de 03 años. Así, consideró acertada la decisión de instancia y solicito se confirme la misma.

II. CONSIDERACIONES.

2.1.- Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, de conformidad con la previsión del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Esta Sala de decisión, actuando como Juez de segunda instancia, se limitará a los cargos de la apelación, de conformidad con los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso.

2.2.- Caducidad.

El artículo 164 del CPACA, refiere que *“cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso”*.

En el expediente no se observa constancia de notificación del oficio por el cual se despacha desfavorablemente la petición de la actora; sin embargo, aquel data del 09 de junio de 2015⁸, por lo que teniendo esta como fecha cierta, la parte actora tenía hasta el 10 de octubre para impetrar la demanda.

Sin embargo, presentó solicitud de conciliación extrajudicial el 07 de octubre de 2015, interrumpiendo el término por cuatro (04) días. El acta fue expedida por la Procuraduría el 18 diciembre de 2015⁹. Dado que la demanda se radicó ese mismo día¹⁰, sin mayores elucubraciones esta Sala se permite concluir que en el *sub judice* no ha operado este fenómeno extintivo.

2.3.- El problema jurídico.

Le corresponde a esta Corporación determinar si debe ser revocado el fallo proferido en audiencia inicial el 13 de noviembre de 2018, por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, en el que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Para resolver el caso concreto se hará referencia al criterio jurisprudencial del Consejo de Estado en la materia y luego se analizará el caso en concreto.

Se observarán los siguientes aspectos: i) docentes y contratos de prestación de servicios y ii) prescripción derivados de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad.

⁸Folio 14 C. Ppal.

⁹ Folio 19-21 C. Ppal.

¹⁰ Folio 23-24 C. Ppal.

2.4. Docentes y contratos de prestación de servicios.

La Corte Constitucional al realizar un estudio de la constitucionalidad del párrafo 1º del artículo 6 de la Ley 60 de 1993¹¹ y de otras disposiciones, en Sentencia C-555 de 1994, realizó las siguientes consideraciones:

“Desde el punto de vista de la actividad material que ejecutan los docentes-temporales, no parece existir diferencia respecto de la que realizan los docentes-empleados públicos. Si no se encuentra una diferencia, entre estos dos supuestos, edificada sobre un criterio de comparación que sea razonable, perdería plausibilidad el régimen jurídico asimétrico que, en las condiciones ya referidas, la ley contempla y el cual, en los aspectos principales (remuneración, prestaciones, derechos y obligaciones), es más favorable para los docentes-empleados públicos.

En gracia de discusión puede sostenerse que, desde la perspectiva del menor costo económico, se justifica mantener docentes-contratistas junto a docentes-empleados públicos. La contratación administrativa, evita el pago de prestaciones sociales y, en cierta medida, hace menos onerosa la financiación del servicio educativo. Dada una partida presupuestal máxima, si sólo fuese posible la vinculación estatutaria, el número de docentes y, por ende, la cobertura del servicio, sería inferior a la que se tendría de mantenerse también la posibilidad de la vinculación contractual. Puede agregarse que la conservación de la opción contractual beneficiaría a la población potencial con necesidades educativas insatisfechas y, también, en cierta medida, a los educadores potenciales que requieren trabajar.

*La diferencia originada en el menor costo económico, principalmente causada por la falta de reconocimiento de prestaciones sociales, **no obstante la naturaleza laboral de la actividad efectivamente cumplida por los docentes-temporales, confrontada a la luz de la Constitución, se torna irrazonable y contraria a sus mandatos. El trabajo, así beneficie al Estado, genera derechos y obligaciones irrenunciables. Las prestaciones sociales, corresponden a un concepto de derecho mínimo establecido en las normas laborales, que es irrenunciable (CP art. 53). Sin perjuicio de que el Juez ordinario, en cada caso concreto, pueda hacer prevalecer la naturaleza laboral de una determinada relación, el legislador carece de libertad frente a la realidad del trabajo subordinado y no puede, sin más, desconocer su existencia y despojarla de las consecuencias y garantías que le son inherentes.***

(...)

La libre voluntad de los educadores-contratistas, puede alegarse como fundamento de una diferencia predicable de los supuestos enfrentados. Empero, la libertad de acceso al servicio público educativo es común a las dos categorías (léase educadores-contratistas, educadores-empleados públicos). Un elemento significativo del tratamiento al cual se sujetan los docentes-temporales, por su propia voluntad, es la ausencia de prestaciones sociales y estabilidad laboral. Es sabido, sin embargo, que en punto al trabajo los mencionados derechos y garantías son irrenunciables (CP art. 53).

De otro lado, el carácter público y permanente del servicio educativo estatal, dentro del cual se insertan los docentes-temporales, no se concilia con su

¹¹ "Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencia de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones"

regulación puramente contractual en la que participan los contratistas involucrados en el proceso y las autoridades administrativas, con lo cual se desconoce que las funciones y la responsabilidad de los servidores públicos, se determina en la Constitución, la ley y el reglamento (CP art. 123).

Lo expuesto permite concluir que no es de recibo el criterio diferenciador que intenta encontrar en la voluntad de los docentes-temporales, la causa o motivo razonable de su particular régimen jurídico.”

En ese orden, la H. Corte Constitucional consideró que la celebración de contratos de prestación de servicios administrativos con “*docentes contratistas*”, vulneraba el principio de igualdad; por lo cual, indicó que “*las designaciones de personal de planta, sólo se podrán llevar a cabo con estricta sujeción a las normas constitucionales y legales*”, entendiéndose de esta manera que se prohibió de manera tácita las vinculaciones de docentes a través de contratos de prestación de servicios.

“9. La pretensión del demandante no se limita ciertamente a que se reconozca la naturaleza laboral de la actividad que desempeñan los docentes temporales, la que se da casi por sentado. Su verdadero objetivo es lograr que a la misma, a partir de la vigencia de la ley, se le conceda el tratamiento de una verdadera relación legal y reglamentaria, de modo que los docentes temporales automáticamente sean incorporados en las plantas de personal.

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 conferirle 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.

El mencionado principio agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado mismo. Su finalidad no puede dilatarse hasta abarcar como función suya la de aniquilar las que son formalidades sustanciales de derecho público.

Las formalidades sustanciales de derecho público, traducen principios de organización del Estado de Derecho, indisponibles para las autoridades que les deben acatamiento y que ninguna práctica, por generalizada que sea, es capaz de sustituir o derogar.”

2.5. Prescripción de los derechos derivados del contrato realidad.

En cuanto a la prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, la jurisprudencia ha sido variada, desde negar la prescripción¹² hasta

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente No. 2152-06. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

reconocerla, con varias opciones temporales, de cinco (5) años¹³ y de tres (3) años¹⁴.

El Consejo de Estado ha concluido sobre la no prescripción de las prestaciones causadas con ocasión del contrato realidad, en tanto la exigibilidad de los derechos prestacionales en discusión, es literalmente imposible con anterioridad a la sentencia que declara la existencia de la relación 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, por lo tanto, no podría operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo con antelación a la decisión judicial.¹⁵

Actualmente, ha dicho esa Corporación que el hecho de que la sentencia en este tipo de asuntos tenga carácter constitutivo y que el término de prescripción de los derechos derivados de la relación laboral comience a contarse a partir del fallo que declara la existencia del contrato realidad no faculta al interesado para radicar la petición ante la administración en cualquier tiempo, pues dado que por seguridad jurídica no hay derechos imprescriptibles, por tanto, debe reclamarlos en un plazo razonable.

Lo anterior, ha sido reconocido por el Órgano de Cierre de esta Jurisdicción. En efecto, en sentencia de nueve (9) de abril de 2014, se señaló lo siguiente:

*“En esta oportunidad, la Sala debe precisar que si bien la anterior es la tesis que se aplica en la actualidad y, en efecto, se reitera que el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; también lo es que el particular debe reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de su relación laboral, **dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama.***

Lo anterior quiere decir que si finiquitó la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan.

En los casos analizados en épocas anteriores por la Sala, como el estudiado en la sentencia cuyo aparte se transcribió previamente, la relación contractual terminó en mayo de 2000 y la reclamación de reconocimiento de las prestaciones sociales se hizo en ese mismo año y dio origen al oficio acusado expedido en el mes de septiembre, es decir, no había vencido el término para que el demandante reclamara sus derechos laborales, consistentes en la declaración misma de la relación laboral¹⁶”.

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente No. 131-13. Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 17 de julio de 2008 que hace un análisis histórico. Expediente No. 0545-02. Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

¹⁵ Al respecto se puede consultar sentencia de la Sección Segunda, Subsección A, del 6 de marzo de 2008, radicado interno 2152-06, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Vale señalar que a partir de la sentencia de la Sala Plena de la Sección segunda del 19 de febrero de 2009, CP Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, se acogió de manera unánime la posición de que “[e]s a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas...”

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 9 de abril de 2014, Expediente No. 20001-23-31-000-2011-00142-01(0131-13)

EXPEDIENTE: 19001-33-33-008-2016-00004-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: LUZ DARY CASTRO
DEMANDADO: MUNICIPIO DE CAJIBIO (CAUCA)

Así entonces, no puede pasarse por alto que la solicitud debe realizarse por el interesado dentro de un término prudencial que no puede exceder el de la prescripción de los derechos prestacionales y salariales, es decir, tres (3) años contados desde que finaliza la relación contractual, so pena de que prescriban los derechos salariales y prestacionales que se puedan derivar de la relación laboral.

Sin embargo, en **Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016**¹⁷, el Consejo de Estado fijó su posición al respecto e indicó que los **aportes para pensión**, que sirven de insumo para la materialización de ese derecho, son de **carácter imprescriptible**. Así:

“1° Unifícase la jurisprudencia respecto de las controversias relacionadas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, en el sentido de que (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 contractual, (ii) sin embargo, el fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para pensión, (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; (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; (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; (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; y (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, 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 conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva.

2.° Unifícase la jurisprudencia en lo referente a que en las controversias relacionadas con el contrato realidad, (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, por las razones indicadas en la motivación.”

Como fundamento de su decisión, dicha Corporación indicó que los aportes a pensión eran imprescriptibles, dada la condición periódica del derecho pensional, pues aquellos se causan día a día, por lo que, consideró, se pueden solicitar en cualquier época. Eso en atención a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales, los principios *in dubio pro operario*, de igualdad, y de no regresividad.

Adicionalmente señaló que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Radicado: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Actor: Lucinda María Cordero Causil. Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba). Consejero ponente: Carmel Perdomo Cuéter.

puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.

2.7.- Caso en concreto.

La demanda se interpuso con el objeto de obtener el reconocimiento de la existencia de una relación laboral entre la actora y el municipio de Cajibío (Cauca) por desempeñar sus labores de docente bajo contratos de prestación de servicios, y como consecuencia de ello, se paguen los salarios y prestaciones sociales y los apartes a seguridad social.

El Juez de instancia, reconoció la existencia de una verdadera relación y ordenó el pago de los aportes pensionales durante los periodos que fueron ejecutados los contratos de prestación de servicios.

Dentro del plenario se encuentra lo siguiente:

- Constancia de 15 de diciembre de 1995, expedida por el director de la Escuela Rural Mixta “San José La Laguna” de Cajibío, donde se señala:

“Que la señora Luz Dary Castro O, (...) quien trabaja como Seccional en la Escuela Rural Mixta “San José de La Laguna” – Cajibío. Además ha laborado los correspondientes días del mes de diciembre de 1995”¹⁸

- Contrato sin número, suscrito entre el municipio de Cajibío y la señora Luz Dary Castro Oviedo, cuyas cláusulas son las siguientes:

“(...) PRIMERA: OBJETO. EL CONTRATISTA se compromete con el Municipio a prestar sus servicios personales en funciones propias del ejercicio de la Docencia, para atender la formación integral de la Comunidad Escolar del Plante Esc. (sic) San José la Laguna del Municipio de Cajibío conforme a las áreas de conocimiento requeridas y comprometiéndose a colocar a su disposición toda su capacidad laboral. SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA. EL CONTRATISTA, en desarrollo del presente contrato deberá a) Cumplir con las normas vigentes que rigen la Educación en el Nivel de Educación Básica Primaria. b) Cumplir con los reglamentos, manual de convivencias y de funciones establecidas por la Institución. c) Cumplir con los deberes y acatar las prohibiciones establecidas en los artículos 44 y 45 del Decreto 2277 de 1979. TERCERA: DURACIÓN. El presente CONTRATO tiene una duración de (illegible) meses contados a partir del 1º de sept de 1995 hasta el 30 de junio de 1996, periodo en el que pertenece el año Lectivo Escolar, en este tiempo EL CONTRATO podrá ser cancelado por EL CONTRATANTE previa resolución motivada. CUARTA. VALOR Y FORMA DE PAGO, el valor del presente CONTRATO se estima en (ilegible) suma de dinero que se pagará por mensualidades vencidas previa presentación de la constancia de trabajo debidamente legalizada por un valor de (ilegible)”¹⁹

- Certificación proferida por el alcalde del municipio de Cajibío (Cauca) de 30 de marzo de 2007²⁰, en la que se señala:

“Que revisado el Archivo de la Alcaldía Municipal se constató que la señora LUZ DARY CASTRO OVIEDO, identificada con cédula de ciudadanía No. 36.275.905,

¹⁸ Folio 15 C. Ppal.

¹⁹ Folio 16 C. Ppal.

²⁰ Folio 17 C. Ppal.

prestó sus servicios al municipio de Cajibío, como docente O.P.S., desde el primero (1º) de septiembre de 1995, hasta el 14 de enero de 1996; y nombrada por decreto No. 009 desde el 15 de enero de 1997; hasta el 30 de diciembre de 2002, el cual presenta la siguiente relación de sueldos y aportes para pensión y salud de acuerdo a (sic) la siguiente relación:

| AÑO | Periodo | DESDE-HASTA Por contrato O.P.S | SUELDO | APORTE SALUD | ENTIDAD |
|-------|---------|-------------------------------------------------|---------|-----------------|---------------|
| 1995 | 120 | Sep-diciembre | 251.972 | 30.236 | Seguro Social |
| 1996 | 360 | Enero-diciembre | 315.469 | 30.236 | Seguro Social |
| 1997 | 15 | Enero | 315.469 | | Seguro Social |
| 1997 | | Nombrada por Decreto No. 009- de 15-01-97 | | | |
| 1997 | 81 | 15-Ene- 6 Abril | 383.925 | 51.744 | Seguro Social |
| (...) | | | | | |

Como único cargo de apelación, el extremo pasivo de la *litis* argumenta que no existe prueba de la cual se desprenda que la docente realizó aportes a seguridad social, y por ello, no podría condenarse con base en prueba inexistentes o que debieran ser aportadas en etapa posterior, pues con ello se vulneraría el derecho al debido proceso y defensa.

Frente al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el Consejo de Estado ha señalado:

*“36. Al respecto, es propicio señalar que la nulidad y restablecimiento del derecho, es el mecanismo de control de legalidad de los actos administrativos de contenido particular que por vía del derecho de acción permite «restablecer» a través de la sentencia, situaciones subjetivas afectadas por el acto ilegal. Por ello, el restablecimiento del derecho por excelencia comprende **aquellas órdenes tendientes a retrotraer la condición perdida o desconocida por el acto anulado**, reintegrando a la persona al cargo ocupado con pago de salarios y prestaciones, sin solución de continuidad, reconociendo el derecho que debió ostentarse en anterior oportunidad, entre otras.*

*37. De acuerdo con lo dicho, la orden estimatoria²¹ que profiere el juez administrativo dentro de un juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, tiene efectos ex – tunc, es decir que su impacto se verifica **aún sobre situaciones jurídicas que con el paso del tiempo se consolidaron de determinada forma, para retrotraerlas al estado inicial que en derecho debió corresponder.** (...).²²*

La Sala advierte que la decisión de la *a quo* respecto del restablecimiento del derecho ordenado, no comporta vulneración al debido proceso o el derecho a la defensa del municipio de Cajibío, dado que este surge como consecuencia directa de la anulación de un acto administrativo afectado de un vicio de invalidez y cuya forma material se determina por el contenido y alcance del mismo acto.

Es decir, para esta Corporación el restablecimiento del derecho consiste en ordenar el pago de los aportes pensionales que debieron realizarse durante la

²¹ Desde la óptica del derecho procesal, es la sentencia que accede las súplicas de la demanda.

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 07 de marzo de 2019. Radicación número: 25000-23-42-000-2015-02469-01(1607-18). Consejero ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez

relación laboral disfrazada de contratos de prestación de servicios, es una medida idónea, adecuada y eficaz para subsanar la integridad del derecho lesionado por el acto anulado. Esto en razón al carácter consecuencial que reviste el restablecimiento, el cual tiene un efecto automático e inmediato frente a la declaratoria de nulidad del acto que crea, modifica o extingue la situación jurídica particular, de las que se predica una lesión para los derechos de quienes las titularizan.

Ahora bien, en cuanto a la falta de prueba del pago de los aportes para emitir la orden dada por la *a quo*, advierte esta Corporación que una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador a favor de quien se ha declarado la existencia de una relación laboral con la Administración, es que el empleador soporte el pago de las cotizaciones que se dejaron de efectuar durante el vínculo; sin que se advierta que la condición de acreditar posteriormente los pagos sea contraria a Derecho.

Además, porque de la certificación emitida por el mismo ente demandado es posible colegir que se realizaron aportes al sistema de seguridad social en salud. Luego, no es de recibo el argumento según el cual, el proceso carece íntegramente de prueba y derivar de ello una consecuencia negativa. Además, porque conforme el artículo 9 del Decreto 692 de 1994²³, vigente para la época de la relación, dada su calidad de contratista, no era obligatoria la afiliación al sistema general de pensiones; luego no resulta desacertado que para dicha época no se hiciera ningún aporte a pensión.

Entonces, es en últimas a la jueza a quien le correspondía decidir sobre la imposición de la medida que estimara o no pertinente, en concordancia con las súplicas de la demanda.

En ese orden, la Juez de instancia tenía plena libertad de someter el fallo a condición, con base en el principio de autonomía judicial, máxime cuando la *a quo* no hizo cosa diferente a reproducir en iguales términos la orden dada por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación antes reseñada, en donde tampoco existía la prueba alegada.

Así, dicho Órgano, en atención a que los aportes al sistema de seguridad social incidían en el derecho pensional, ordenó:

²³ ARTICULO 9o. AFILIACIONES OBLIGATORIAS Y VOLUNTARIAS. A partir del 1o. de abril de 1994, serán afiliados al sistema general de pensiones:

1. En forma obligatoria:

- a) Todas aquellas personas nacionales o extranjeras, residentes en Colombia, vinculadas mediante contrato de trabajo que se rija por las normas colombianas;
- b) Todas aquellas personas colombianas con residencia en el exterior, vinculadas mediante contrato de trabajo que se rija por las normas colombianas, salvo cuando demuestren estar afiliado a otro sistema de pensiones en el respectivo país;
- c) Los servidores públicos incorporados al sistema general de pensiones;
- d) Los beneficiarios de subsidios del Fondo de Solidaridad Pensional.

2. En forma voluntaria:

- a) Los trabajadores independientes y en general todas las personas naturales residente en el país y los colombianos domiciliados en el exterior, que no tengan la calidad de afiliados obligatorios y que no se encuentren expresamente excluidos por la Ley 100 de 1993;
- b) Los extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo permanezcan en el país y no estén cubiertos por algún régimen de su país de origen o de cualquier otro.

5.º Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, ordénase al municipio de Ciénaga de Oro 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 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, por lo que la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora, en armonía con lo dicho en la parte motiva.

En ese orden de ideas, el cargo de apelación no está llamado a prosperar, dado que la Sala no avizora la alegada vulneración a los derechos de debido proceso y a la defensa. Por lo cual, y dando respuesta al problema jurídico planteado, esta Sala de decisión confirmará la sentencia recurrida.

2.8. Costas.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dentro de la sentencia el Juez deberá pronunciarse sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de General del Proceso.

El artículo 365 de esa codificación dispone lo siguiente:

“CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.”

Comoquiera que se confirmará la sentencia apelada, se condenará en costas de segunda instancia al municipio de Cajibío (Cauca), fijándose en cero punto cinco por ciento (0.5%) sobre el valor de las pretensiones reconocidas de conformidad con el Acuerdo 1887 de 2003; las cuales, al tenor del artículo 366 del *ejusdem*, deberán liquidarse por el Juzgado de origen una vez quede ejecutoriado el auto que ordene estar a lo dispuesto por el Superior, siguiendo las reglas allí previstas.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Sentencia No. 161 de 13 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, por lo expuesto.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas a la parte demandada, según lo señalado.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-008-2016-00004-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: LUZ DARY CASTRO
DEMANDADO: MUNICIPIO DE CAJIBIO (CAUCA)

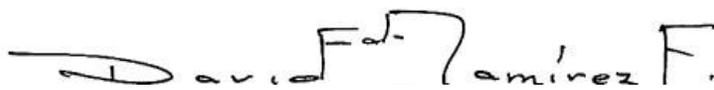
TERCERO.- NOTIFÍQUESE la presente sentencia a las partes de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 203 del CPACA.

CUARTO.- En firme esta decisión, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

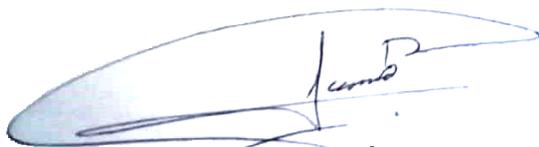
Se hace constar que el proyecto de sentencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

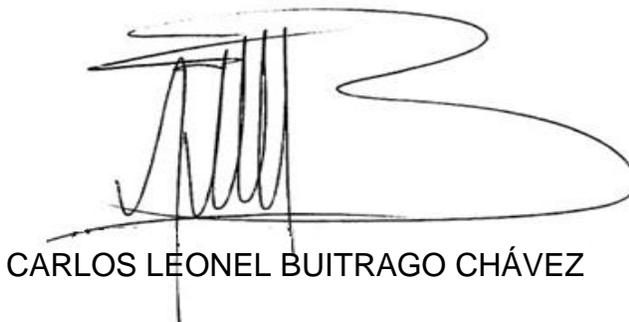
Los Magistrados,



DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO



JAIRO RESTREPO CÁCERES



CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ