PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO REALIDAD- Reglas / RECONOCIMIENTO PRESTACIONAL A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO / INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LAS PRESTACIONES / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

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

TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO REALIDAD - Computo / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIO CELEBRADO DE FORMA INTERRUMPIDA / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CELEBRADO DE FORMA CONTINUADA / PRESCRIPCIÓN FRENTE APORTES PENSIONALES - Inoperancia /

PRESCRIPCIÓN FRENTE A LAS PRESTACIONES SOCIALES DERIVADAS DEL CONTRATO REALIDAD- Operancia / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

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 examinada 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. 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.

FUENTE FORMAL: DECRETO 3135 DE 1968 - ARTÍCULO 41 / DECRETO 1848 DE 1969 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTICULO 53 / CONVENIO 95 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO - ARTÍCULO 12 / LEY 54 DE 1962 / CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO - ARTÍCULO 21 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 13 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 164 NUMERAL 1 ORDINAL C

PRESCRIPCIÓN DE LA RECLAMACIÓN DE APORTES PENSIONALES EN EL CONTRATO REALIDAD - No opera / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO EN RELACIÓN CON LOS APORTES PENSIONALES EN EL CONTRATO REALIDAD - No opera / CONCILIACIÓN PREJUDICIAL – Improcedencia frente a reclamación de aportes pensionales en el contrato realidad / DERECHOS IRRENUNCIABLES/ PRESTACIÓN PERIÓDICA

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, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello 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. Consecuentemente,tampoco es exigible el agotamiento de la conciliación

extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables (condición que prevé el numeral 1 del artículo 161 del CPACA para requerir tal trámite), en armonía con el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 161 NUMERAL 1

RELACIÓN LABORAL - Elementos / PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES

El contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

LABOR DOCENTE - Es subordinada

La vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes – empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes-contratistas merecen una protección especial por parte del Estado.

RELACIÓN LABORAL - Prueba / PRUEBA - No otorga la calidad de empleado público

Pese a hallarse probados los elementos configurativos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación o dependencia), destaca la Sala que ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, ya que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el artículo 122 superior.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 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)

Medio de control	:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema	:	Contrato realidad (docente)
Actuación	:	Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 5 de 2016, conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011

> "*Cansados de aquel delirio hermenéutico, los trabajadores repudiaron a las autoridades de Macondo y subieron con sus quejas a los tribunales supremos. Fue allí donde los ilusionistas del derecho demostraron que las reclamaciones carecían de toda validez, simplemente porque la compañía bananera no tenía, ni había tenido nunca ni tendría jamás trabajadores a su servicio, sino que los reclutaba ocasionalmente y con carácter temporal*"[1]

Procede la sección segunda del Consejo de Estado a decidir el recurso de apelación interpuesto por la demandante[2] contra la sentencia de 30 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba (sala tercera de decisión)[3], mediante la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control (ff. 1 a 9). La señora Lucinda María Cordero Causil, mediante apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra el municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare la nulidad de (i) la "*RESOLUCIÓN*" (sic) 514 de 6 de noviembre de 2012, suscrita por el alcalde del municipio de Ciénaga de Oro, que negó la *"…existencia de la relación laboral y el consecuente pago de los derechos*

---

[1] GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. Cien Años de Soledad, Edición conmemorativa, Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española, Bogotá, 2007, p. 342.
[2] Ff. 114 a 116.
[3] Ff. 101 a 107.

laborales y prestacionales reclamados…", y (ii) la Resolución 475 de 17 de diciembre del mismo año, con la cual se desató el recurso de reposición interpuesto contra la anterior, en el sentido de confirmarla.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicita el reconocimiento y pago de las sumas (debidamente actualizadas) correspondientes a cesantías, primas de servicios y navidad, salario de vacaciones durante los años 1986 a 2002, dotaciones, auxilio de transporte e indemnización moratoria; y se condene en costas al demandado.

1.3 Fundamentos fácticos. Relata la demandante que prestó sus servicios al municipio de Ciénaga de Oro por 13 años y 1 mes, tiempo en el que no se le pagaron sus prestaciones sociales.

Que (i) desde el 1 de julio de 1986 hasta el 30 de diciembre de 1997, estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios, como *"maestra municipal"*; (ii) para el año 1998 fue *"…amparada por la ley 60 y 115 situación legalizada atreves del decreto N° 057 de enero 31 de 2002 por no estar certificado el municipio…*" (sic); (iii) continuó vinculada como maestra en la escuela *"nuevas aguascoloradas"* desde el *"…01 de febrero de 2002 hasta* [el] *10 de Marzo de 2011"* (sic) ; y (iv) fue declarada *"…insubsistente mediante decreto 1041 de 12 de julio de 2010 sin que* [en] *dicho acto mediara el por qué* (sic) *se estaba tomando esta decisión"*.

Aduce que se trató de una verdadera relación laboral, por cuanto prestó sus servicios como docente de tiempo completo en la *"escuela El Brujo"* bajo subordinación, en tanto cumplía las órdenes del rector de dicha institución y el secretario de educación municipal en iguales condiciones que los demás profesores de planta (horario, reglamento escolar, preparación de clases y reuniones periódicas) pero bajo la figura del contrato estatal, para el empleador evitar el pago de prestaciones sociales y los aportes a seguridad social a su cargo.

Que su última remuneración fue de $1.250.000, *"…por encontrarse en el Grado 09 del escalafón docente…"*.

Afirma que el 16 de octubre de 2012, solicitó el reconocimiento de sus derechos salariales y prestacionales, lo que le fue negado mediante oficio 514 de 6 de noviembre de la misma anualidad, confirmado con Resolución 475 de 17 de diciembre siguiente, actos administrativos demandados.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas los artículos 1, 2, 25 y 53 de la Constitución Política, 1, 2, 3, 10 y 36 del Decreto 2277 de 1979, 115 de la Ley 115 de 1994, 6 de la Ley 60 de 1993, 1° de la Ley 64 de 1946 y 11 del Decreto 3135 de 1968; las Leyes 91 de 1989, 72 de 1931, 4ª de 1966, 4ª de 1992, 43 de 1975 y 70 de 1988; y los Decretos 1054 de 1938, 2939 y 484 de 1944, 1381 de 1997, 2922 de 1966, 3193 de 1968, 1848 de 1969 y 2477 de 1970.

Alude la demandante al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, por cuanto prestó sus servicios de manera personal, continua y subordinada, elementos propios de una relación laboral, en las mismas condiciones de los docentes de planta y, por ello, tiene derecho a que se le reconozcan las prestaciones propias de esta clase de vínculo.

Que la Corte Constitucional al examinar la exequibilidad del artículo 6° de la Ley 60 de 1993, concluyó que las funciones de los docentes no se pueden desempeñar por medio de contratos de prestación de servicios, ya que su ejercicio se encuentra subordinado a los reglamentos propios del servicio de educación, por lo que no es una labor independiente.

Cita apartes de la sentencia de 6 de marzo de 2008, expediente 23001-23-31-000-2002-00244-01 (2152-06), del Consejo de Estado, respecto de la existencia del contrato realidad cuando se cumplen los tres elementos de la relación laboral, y agrega que *"…no opera la prescripción trienal por la no reclamación oportuna, sino a partir del reconocimiento que de las prestaciones sociales y demás derechos laborales, se haga en la sentencia que declare el derecho"*.

1.5 Contestación de la demanda. El demandado guardó silencio en esta oportunidad procesal, según informe secretarial del Tribunal de instancia obrante en el folio 52 del expediente.

1.6 La providencia apelada (ff. 101 a 107). El Tribunal Administrativo de Córdoba, sala tercera de decisión, en sentencia de 30 de septiembre de 2014, negó las súplicas de la demanda.

Sostiene el *a quo* que al interesado en reclamar las prestaciones sociales derivadas de la existencia de la relación laboral *"encubierta"* bajo la celebración de contratos u órdenes de prestación de servicios, se le debe otorgar un plazo razonable de tres años siguientes al último día que estuvo vinculado, que es el mismo otorgado en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, "…*pues no se advierten razones de peso para establecer un criterio desigual frente a la causación de derechos iguales*"[4].

Con base en lo anterior, estima que se extinguió el derecho de la actora para reclamar los emolumentos deprecados, puesto que el último contrato de

---

[4] Citó apartes de las sentencias de (i) 9 de abril de 2014, expediente 2001-23-31-000-2011-00142-01 (0131-13), en la que el Consejo de Estado dijo 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 los es que el particular debe reclamar de la administración y el juez el reconocimiento de su relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama";* y (ii) 8 de mayo de 2014, expediente 08801-23-31-000-2012-02445-01, en la que esta Corporación precisó que *"… como lo ha sostenido la Sala reiteradamente, antes de la sentencia que declara la existencia del contrato realidad no puede hablarse de prescripción, pues ésta* (sic) *última se computa a partir de la exigibilidad del derecho. Empero, armonizando los derechos laborales con los principios de preclusión, seguridad jurídica, razonabilidad, ponderación y, con la diligencia debida que debe acompañar las actuaciones de los administrados; concluida la relación contractual el interesado en reclamar la existencia del vínculo laboral y el pago de los derechos subyacentes al mismo, debe hacerlo dentro del plazo de los 5 años siguientes a la fecha de terminación del último contrato".*

prestación de servicios, para desempeñar la labor de maestro municipal, finalizó el 2 de enero de 1998 y la solicitud de reconocimiento de sus prestaciones la formuló el 16 de octubre de 2012, es decir, 14 años, 9 meses y 9 días siguientes al último día que estuvo vinculada.

1.7 El recurso de apelación (ff. 114 a 116). Inconforme con la anterior sentencia, la demandante, mediante apoderada, interpuso recurso de apelación, al considerar que el Consejo de Estado no ha señalado ningún término prescriptivo para la reclamación de las prestaciones de un trabajador vinculado por contrato de prestación de servicios, pues solo ha dicho que "*…a partir de la sentencia que se profiera en que se reconozca la existencia de un vínculo laboral es que comienza a contarse el término prescriptivo*"[5].

II. TRÁMITE PROCESAL.

El recurso de apelación fue concedido mediante proveído de 30 de octubre de 2014[6] y admitido por esta Corporación a través de auto de 4 de febrero de 2015[7], en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 del CPACA.

2.1 Alegatos de conclusión. Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, con auto de 9 de julio de 2015[8], para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad en que las primeras guardaron silencio.

2.1.1 Ministerio Público (ff. 138 a 184). La señora procuradora segunda delegada ante el Consejo de Estado, quien funge como representante del Ministerio Público dentro de este proceso, es del criterio que se debe confirmar la sentencia que negó las pretensiones del presente medio de control, por cuanto "*…no opera la prescripción para efectos del reconocimiento y pago de las prestaciones*…", ya que el derecho a ellas surge *"…desde el momento en que se declara la existencia de la relación laboral, y es a partir de ese reconocimiento que empieza a contabilizarse el término,* [pero] *el Consejo de Estado ha señalado que si* (sic) *opera respecto a la declaratoria de la relación laboral, pues se debe reclamar dentro de los 3 años establecidos por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968"*[9] y en el caso concreto, la actora estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios hasta el 30 de diciembre de 1997 y la petición la formuló el 16 de octubre de 2012, *"…razón por la cual se configura la prescripción del derecho respecto de la existencia de la relación laboral y en consecuencia, al pago de las*

---

[5] Ampara sus argumentos en las consideraciones de la sentencia del Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, expediente 23001-23-31-000-2002-00244-01 (2152-06), consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.
[6] F. 118.
[7] F. 124.
[8] F. 131.
[9] Cita apartes de la sentencia de 9 de abril de 2014, proferida por la sección segunda, subsección A, del Consejo de Estado, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, expediente 2001-23-31-000-2011-00142-01 (0131-13).

prestaciones sociales".

Por otra parte, no está de acuerdo con la condena en costas a la demandante porque *"… la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia de 13 de marzo de 2015, al analizar el artículo 183 de la Ley 1437 de 2011, consideró que el término 'dispondrá' no significa necesariamente que la condena se debe ordenar en todos los eventos, sino que es facultativo analizando las circunstancias de cada caso en particular"* y en el *sub lite* su actuar no fue temerario ni malintencionado.

III. CONSIDERACIONES.

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 150 del CPACA a esta Corporación le corresponde conocer del presente litigio, en segunda instancia.

Asimismo, la sección segunda de esta Colegiatura resulta competente para proferir sentencia de unificación dentro del asunto de la referencia, en atención a lo previsto en el artículo 271 del CPACA, según el cual "*Por razones de **importancia jurídica**, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público*" (negrilla de la Sala), en armonía con lo establecido en los artículos 13A y 14 del reglamento interno del Consejo de Estado (Acuerdo 58 de 1999), que en lo pertinente, disponen:

> "Artículo 13A[10]. Otros asuntos asignados a las secciones según su especialidad. Cada una de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, atendiendo al criterio de especialidad, también tendrá competencia para:
>
> (…)
>
> 2. Dictar las sentencias de unificación jurisprudencial por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, en relación con los asuntos que provengan de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos. Las Secciones podrán asumir conocimiento a solicitud de parte, de oficio, por petición del Ministerio Público o por remisión de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos.
>
> (…)" (subraya la Sala).
>
> "Artículo 14. División y funcionamiento de la sección segunda. La Sección Segunda se dividirá en dos (2) Subsecciones, que se denominarán A y B, cada una de las cuales estará integrada por tres (3) Consejeros. En caso de retiro de un Consejero, quien lo reemplace ocupará su lugar en la respectiva Subsección.

[10] Artículo adicionado por el artículo 1 del acuerdo 148 de 2014.

PARAGRAFO 1o. Cada Subsección decidirá, los procesos a su cargo en forma autónoma. Sin embargo, las Subsecciones sesionarán conjuntamente:

1. Para unificar, adoptar o modificar la jurisprudencia de la Sección, con el fin de evitar decisiones contradictorias sobre el mismo punto de derecho, a petición de cualquiera de sus miembros.

(…)" (se destaca).

Lo anterior, por cuanto los litigios, como el presente, identificados por el tema del contrato realidad tienen cuestiones que ameritan ser estudiadas y delimitadas en una sentencia de unificación jurisprudencial, tal es el caso del ingreso base que ha de tenerse en cuenta para la liquidación de las prestaciones a que haya lugar (asunto que no ha sido delimitado en un fallo de dicha naturaleza) y de la prescripción de los derechos laborales reclamados (dado que existen tesis encontradas de las salas de decisión de esta sección acerca del plazo prescriptivo, así como del momento a partir del cual debe ser contabilizado, y es indispensable fijar reglas frente a este punto)[11].

En este orden de ideas, surge la necesidad de unificar la tesis jurisprudencial frente a los citados aspectos con el fin de dar certeza jurídica para que las autoridades judiciales que integran esta jurisdicción decidan los asuntos puestos en su conocimiento respecto del denominado contrato realidad, en aras de preservar de manera adicional el derecho constitucional fundamental a la igualdad de las personas que acuden a la justicia contencioso-administrativa.

3.2 Problema jurídico. Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar (i) si resulta procedente declarar la prescripción de la totalidad del derecho deprecado, pese a estar concernidos los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, y de no ser cierta dicha hipótesis, (ii) si a la demandante le asiste razón jurídica o no para reclamar del municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba) el pago de las prestaciones salariales y sociales no devengadas durante el tiempo que permaneció vinculada como docente - contratista, en aplicación del principio de "*primacía de la realidad sobre formalidades*", o por el contrario, si los contratos de prestación de servicios (o cualquiera que sea su denominación) que celebró con dicha entidad territorial se ajustan a la normativa legal vigente, por cuanto no se configuraron los elementos de subordinación y continua dependencia que alega, propios de una relación laboral.

---

[11] Las salas de decisión de la sección segunda de esta Corporación han sostenido tesis disímiles, a saber: (i) la subsección A en sentencia de 6 de septiembre de 2013 proferida en sede de tutela, estimó que la respectiva reclamación debe realizarse dentro de los tres años siguientes a la terminación del contrato so pena de declararse la prescripción de los derechos que se piden por la inactividad del solicitante, criterio reiterado con fallo de 9 de abril de 2014, por la misma subsección, al decidir una acción de nulidad y restablecimiento del derecho; y (ii) la subsección B en fallo de 8 de mayo de 2014 consideró como término oportuno para reclamar, cinco (5) años contados desde la terminación del último contrato, que se asimila al acto de retiro del servicio, conforme al artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, que regula la figura del decaimiento de los actos administrativos (derrotero acogido por la subsección A en providencia de 19 de enero de 2015). Pero en sentencia de 11 de marzo de 2016, la subsección B de esta sección se volvió a pronunciar sobre el tema e insistió en que el lapso prescriptivo es de tres años contados a partir de la finalización de la relación contractual.

3.3 Marco normativo. En punto a la resolución de los problemas jurídicos planteados en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

3.3.1 La prescripción del derecho reclamado. *Prima facie*, se tiene que el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 prevé el fenómeno de la prescripción del derecho, en los siguientes términos:

> "Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este 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 o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual".

Asimismo, el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del anterior, en el artículo 102 preceptúa:

> "Prescripción de acciones. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
>
> 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual".

Por su parte, la sección segunda de esta Corporación[12] ha precisado que "*…la prescripción se define como la acción o efecto de '…adquirir un derecho real o extinguirse un derecho o acción de cualquier clase por el transcurso del tiempo en las condiciones prevista por la ley' o en otra acepción como '…concluir o extinguirse una carga, obligación o deuda por el transcurso del tiempo'*[13]".

En este orden de ideas, si bien en virtud del artículo 53 de la Constitución Política[14] los beneficios laborales mínimos de los trabajadores comportan carácter irrenunciable, el legislador ha previsto la prescripción extintiva de esos derechos, fundamentalmente con el propósito constitucional de salvaguardar la seguridad

---

[12] Consejo de Estado, sala plena contenciosa administrativa, sección segunda, subsección B, sentencia de 9 de mayo de 2013, expediente 08001-23-31-000-2011-00176-01 (1219-12), M.P. Gerardo Arenas Monsalve.
[13] *Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Primera Edición, Madrid 1992.*
[14] "**Artículo 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:
Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.
(…)".

jurídica en relación con litigios que han de ventilarse ante los jueces frente a la inactividad del servidor de reclamar su pago oportunamente. Por lo tanto, para que opere el fenómeno prescriptivo se requiere que transcurra el interregno preestablecido durante el cual no se hayan realizado las correspondientes solicitudes.

Por otro lado, también resulta oportuno evocar el artículo 12 del convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por Colombia mediante la Ley 54 de 1962, acerca de la protección del salario, que valga aclarar integra el llamado bloque de constitucionalidad[15], conforme al artículo 93 (inciso 1°) superior, dado que atañe a derechos humanos y en tal virtud prevalece en el orden interno y es de aplicación directa. Dicha disposición establece:

> "1. El salario se deberá pagar a intervalos regulares. A menos que existan otros arreglos satisfactorios que garanticen el pago del salario a intervalos regulares, los intervalos a los que el salario deba pagarse se establecerán por la legislación nacional o se fijarán por un contrato colectivo o un laudo arbitral.
>
> 2. **Cuando se termine el contrato de trabajo se deberá efectuar un ajuste final de todos los salarios debidos, de conformidad con la legislación nacional,** un contrato colectivo o un laudo arbitral, o, en defecto de dicha legislación, contrato o laudo, **dentro de un plazo razonable,** habida cuenta de los términos del contrato" (negrilla de la Sala).

De la anterior disposición se destaca la obligación de garantizar que dentro de un *"plazo razonable"* se satisfaga cualquier remuneración derivada de la finalización del vínculo laboral, lapso que corre a partir de ese mismo momento.

Sobre el fenómeno de la prescripción extintiva de los derechos laborales, la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto[16], en particular a través de la sentencia C-916 de 2010, que al declarar la exequibilidad del artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, se remitió a lo considerado en la sentencia C-072 de 1994, al guardar analogía, y sostuvo:

> "5.2. En efecto, en la presente demanda el actor cuestiona el régimen de prescripción señalado por cuanto supuestamente "…*desconoce la realidad, sanciona el temor de los trabajadores y premia a los empleadores incumplidos*", y porque el plazo establecido para dicha prescripción llegada la terminación del contrato de trabajo *"hace imposible que el trabajador obtenga el ´ajuste final de todos los salarios debidos'".* Al respecto la Sentencia C-072 de 1994 afirma lo siguiente:
>
> (i) El núcleo esencial del derecho al trabajo no se desconoce, por el hecho de existir la prescripción de la acción laboral concreta.

---

[15] Corte Constitucional, sentencia SU-995 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz. "Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado *bloque de constitucionalidad...*".

[16] Véanse las sentencias C- 072 de 1994, C-412 de 1997 y C-745 de 1999, en las que se avala la prescripción de corto plazo con fundamento en los criterios de (i) la seguridad jurídica, (ii) la inmediatez y prontitud, (ii) la tenencia o conservación de las pruebas para un eventual juicio y (iii) la oportunidad.

(ii) La prescripción extintiva lo es de la acción, pero en momento alguno hace referencia al derecho protegido por el artículo 25 constitucional.
(iii) No se lesiona al trabajador por el hecho de que la ley fije términos para el ejercicio de la acción laboral. El derecho de los trabajadores se respeta, simplemente se limita el ejercicio de la acción, y se le da un término razonable para ello. El núcleo esencial del derecho al trabajo no sólo está incólume, sino protegido, ya que la prescripción de corto plazo, en estos eventos, busca mayor prontitud en el ejercicio de la acción, dada la supremacía del derecho fundamental, el cual comporta la exigencia de acción y protección oportunas. Así, pues, el legislador no hizo cosa distinta a hacer oportuna la acción; de ahí que lo que, en estricto sentido, prescribe es la viabilidad de una acción concreta derivada de la relación laboral, pero nunca el derecho-deber del trabajo.
(iv) La finalidad de la prescripción es *adecuar* a la realidad el sentido mismo de la *oportunidad*, con lo cual logra que no se desvanezca el principio de la inmediatez, que, obviamente, favorece al trabajador, por ser la parte más necesitada en la relación laboral
(v) Es acertado el racionamiento del legislador ya que, por unanimidad doctrinal -y también por elementales principios de conveniencia- lo justo jamás puede ser inoportuno, puesto que al ser una perfección social, siempre será adecuado a las circunstancias determinadas por el tiempo, como factor en el que opera lo jurídico.
(vi) Las prescripciones de corto plazo buscan también la seguridad jurídica, que al ser de interés general, es prevalente (art. 1o. superior). Y hacen posible la vigencia de un orden justo (art. 2o. superior), el cual no puede ser jamás legitimador de lo que atente contra la seguridad jurídica, como sería el caso de no fijar pautas de oportunidad de la acción concreta derivada del derecho substancial.
(vii) Las normas acusadas, lejos de atentar contra la dignidad del trabajador, se caracterizan por establecer una seguridad jurídica, por razones de beneficio mutuo de los extremos de la relación laboral, que se ven en situación de *inmediatez* y *prontitud*, razón por la cual una prescripción de largo plazo dificultaría a patronos y a trabajadores la tenencia o conservación de pruebas que faciliten su demostración en el juicio. Es por ello que la prescripción de tres años de la acción laboral es proporcionada con las necesidades, y por tanto no es contraria a la igualdad, ya que ésta consiste en una equivalencia proporcional, y no en una homologación jurídica absoluta de materias diversas, lo cual sería, a todas luces, un absurdo.
(viii) Las normas acusadas son en beneficio directo del trabajador, pues buscan la seguridad en la vida jurídica. Se le brinda a aquel la oportunidad para reclamar el derecho que le ha sido concedido, pero ponen a dicha oportunidad un límite temporal, determinado por la inmediatez que emana de la relación laboral. Después de ese lapso, no hay un verdadero interés en el reclamo, puesto que no ha manifestado su pretensión dentro de un tiempo prudente para exteriorizar su razón jurídica.

5.3. En suma, la Sentencia C- 072 de 1994, analizó las disposiciones normativas acá acusadas (art. 488 y art. 151) del Código Sustantivo de Trabajo y del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, respectivamente; y lo realizó bajo las mismas controversias jurídicas planteadas en la presente demanda. Por tal razón, esta Corte declarará estarse a lo resuelto en la Sentencia C-072 de 1994 que declaró exequibles el artículo 488 del Código Sustantivo de Trabajo y el artículo 151 del Código Procesal de Trabajo.

6. Exequibilidad del artículo 41 del Decreto Ley 3135 de 1968

Siendo los cargos efectuados por el actor, los mismos con relación a todas las disposiciones demandas, a esta Corporación no le resta sino acoger y hacer suyos los fundamentos ya expuestos en la presente providencia (numeral 5 de Considerandos) y que constituyen el precedente judicial plasmado en la Sentencia C- 072 de 1994. Con base en dichos presupuestos teóricos, esta Corporación declarará exequible la expresión "*Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible"* contenida en el artículo 41 del Decreto Ley 3135 de 1968, por los cargos analizados" (subraya la Sala).

Así las cosas, se itera, que el fenómeno jurídico de la prescripción encuentra sustento en el principio de la seguridad jurídica[17], en la medida en que busca impedir la perpetuidad de las reclamaciones referentes a reconocimientos de índole laboral, que pudieron quedar pendientes entre los extremos de la relación de trabajo al momento de su finalización, pues *contrario sensu* resultaría desproporcionada la situación en la que se permitiera que el trabajador exigiera de su empleador (o exempleador) la cancelación de emolumentos que con el trascurrir de los años implicarían un desmedro excesivo del patrimonio de este (en atención a las indemnizaciones o intereses moratorios que se podrían causar) y le impediría la conservación de los elementos probatorios tendientes a desvirtuar lo demandado.

Para efectos de dar aplicación a la prescripción trienal de que tratan los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, según los cuales el término prescriptivo ha de contabilizarse a partir del momento en que el derecho se hace exigible, resulta pertinente estudiar en las controversias conocidas bajo el rótulo de contrato realidad desde cuándo ha de entenderse que el derecho es exigible.

Acerca de esta materia, las salas de decisión de la sección segunda de esta Corporación han sostenido tesis disímiles[18], a saber:

Con sentencia de 6 de septiembre de 2013 proferida en sede de tutela, la subsección A de la sección segunda del Consejo de Estado estimó que la respectiva reclamación debe realizarse dentro de los tres años siguientes a la finalización del contrato so pena de declararse la prescripción de los derechos que

---

[17] En similares términos, también se pronunció la Corte Constitucional, en sentencia T-084 de 2010, M.P. María Victoria Calle Correa, al afirmar que "En primer lugar respecto de las finalidades de la interpretación, podría decirse que son esencialmente dos: la seguridad jurídica y la recta administración de justicia. Efectivamente, tanto la doctrina universal como la jurisprudencia colombiana han señalado, por una parte, que la prescripción extintiva de las acciones persigue garantizar la *seguridad jurídica*, entendida como la orden que deben cumplir las autoridades de la República de evitar que permanezca abierta indefinidamente la posibilidad de someter los conflictos sustanciales ante los jueces…".

[18] Cabe anotar que **con posterioridad a** la sentencia de la sección segunda de esta Corporación de 19 de febrero de 2009 (expediente 73001-23-31-000-2000-03449-01[3074-05]), C.P. Bertha Lucia Ramírez De Páez, según la cual "*En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato*".

se piden por la inactividad del solicitante[19].

Este criterio jurisprudencial fue reiterado con fallo de 9 de abril de 2014[20], por la misma subsección A de la sección segunda, cuando al decidir una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, precisó que *"…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".*

No obstante, un mes después[21], la subsección B de esta sección examinó el tema prescriptivo en relación con el *"plazo razonable"* con el que cuenta el interesado para solicitar la existencia del vínculo laboral y el correspondiente pago de los derechos laborales y, con base en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, que regulaba la figura del decaimiento de los actos administrativos, consideró como término oportuno para reclamar, cinco (5) años contados desde la terminación del último contrato, que se asimila al acto de retiro del servicio.

Empero, en providencia de 11 de marzo de 2016, la subsección B de esta sección se volvió a pronunciar sobre el asunto y explicó que "*Una vez demostrada la relación laboral reclamada y de la cual, se persigue el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, surgiría la oportunidad para que se examine la procedencia del fenómeno extintivo de la prescripción, valga decir, la verificación de si la reclamación se efectuó dentro de los tres (3) años contados a partir de la finalización de la relación contractual, so pena de que prescriban los derechos prestacionales que se puedan derivar de la relación laboral*"[22].
En lo concerniente al término prescriptivo, advierte la Sala que no cabe duda acerca de su 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

---

[19] Consejo de Estado, sección segunda, sentencia de 6 de septiembre de 2013, M.P. Alfonso Vargas Rincón, expediente: 11001-03-15-000-2013-01662-00, demandante: Rosa Istmenia Moreno de Palacios, demandado: Tribunal Administrativo del Chocó.
[20] Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia de 9 de abril de 2014, expediente: 20001-23-31-000-2011-00142-01(0131-13), actora: Rosalba Jiménez Pérez, demandado: departamento del Cesar.
[21] Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (E), sentencia de 8 de mayo de 2014, expediente: 080012331000201202445 01 (2725-2012), actor: Jesús María Palma Parejo, demandado: ISS. Tesis reiterada por la subsección A, en la sentencia del 19 de enero de 2015, expediente: 47001-23-33-000-2012-00016-01(3160-13), actor: Esteban Paternostro Andrade, demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA).
[22] Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, auto de 11 de marzo de 2016, expediente: 47001233300020140015601 (2744-2015), actora: Ana Eleuteria Oliveros Carpio, demandado: municipio de Santa Ana (Magdalena).

lo que se reclama en este 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.

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 favorabilidad[23], irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales[24] y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales[25], así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas[26] e irrenunciabilidad a la seguridad social[27].

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 examinada 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

---

[23] Constitución Política, artículo 53.
[24] Ibídem.
[25] 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 incuestionable de su satisfacción*".
[26] Constitución Política, artículo 25.
[27] Ibídem. artículo 48, inciso 2°.

contratos de prestación de servicios.

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.

La interpretación precedente obedece a los siguientes mandatos superiores:

i) El derecho a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales (entre estos, el derecho a la pensión), que se orienta a que las prerrogativas reconocidas en las preceptivas que rigen la relación entre empleadores y trabajadores no se modifiquen en perjuicio de estos últimos, por cuanto tienen relación directa con el mejoramiento constante del nivel de vida y la dignidad humana.

ii) El principio *in dubio pro operario*, conforme al cual en caso de duda ha de prevalecer la interpretación normativa más favorable a los intereses del trabajador, premisa contenida tanto en el artículo 53 de la Constitución Política como en el 21 del Código Sustantivo del Trabajo.

iii) El derecho constitucional fundamental a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política[28], en virtud del cual el Estado debe propender por un trato igualitario para todos aquellos que prestan (o han prestado) sus servicios al Estado bajo una verdadera relación laboral, cualquiera que sea su denominación (servidor público o contratista), a quienes habrá de protegerse especialmente la posibilidad de acceder a un derecho pensional.

iv) El principio de no regresividad, que implica el avance o desarrollo en el nivel de protección de los trabajadores, en armonía con el mandato de progresividad, que se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad[29].

---

[28] Ha dicho la Corte Constitucional que *"La igualdad, además de ser un principio vinculante para toda la actividad estatal, está consagrado en el artículo 13 de la Carta como derecho fundamental de las personas. Este derecho comprende dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades. Sin embargo, estas dos garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad y en la interpretación en la aplicación de la ley"* (sentencia C-836 de 2001).

[29] El principio de progresividad y la prohibición de regresividad se hallan consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, así: (i) los artículos 2 y 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); (ii) los criterios dados por los Principios de Limburgo de 1987 y algunas Directrices de Maastricht de 1997, que son recomendaciones de implementación y comprensión de los derechos consagrados en el PIDESC; (iii) observaciones generales del Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas que ha establecido criterios de interpretación del principio de progresividad; (iv) el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; y (v) artículo 4º del Protocolo de San Salvador, entre otros, que fueron señalados en la sentencia C-

En este orden de ideas, 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, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA)[30], y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello 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.
Consecuentemente, tampoco es exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables (condición que prevé el numeral 1 del artículo 161 del CPACA para requerir tal trámite[31]), en armonía con el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial.

En tal sentido, el juez solo podrá analizar la prescripción en cada caso concreto, una vez abordada y comprobada la existencia de dicha relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente, los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral), por lo que su estudio deberá ser objeto de la sentencia.

Igualmente, en atención a que el derecho a una pensión redunda en la calidad de vida de aquella persona que entregó al Estado su fuerza de trabajo en aras de su propia subsistencia, e incluso de la de su familia, tanto para recibir una contraprestación por su servicio como para llegar a obtener beneficios que cubran contingencias derivadas de la vejez o invalidez, el juez contencioso deberá estudiar en todas las demandas en las que proceda el reconocimiento de una relación laboral (contrato realidad), así no se haya solicitado expresamente, el tema concerniente a las cotizaciones debidas por la Administración al sistema de seguridad social en pensiones, pues si bien es cierto que la justicia contencioso-administrativa es rogada, es decir, que el demandante tiene la carga procesal de

---

228 de 2011 de la Corte Constitucional.
[30] "Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:
1. En cualquier tiempo, cuando:
(…)
c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe;
(…)".
[31] "Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:
1. **Cuando los asuntos sean conciliables,** el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.
(…)" (se destaca).

individualizar las pretensiones condenatorias o declaratorias (diferentes a la anulación del acto) con claridad y precisión[32] en el texto de la demanda respecto de las cuales el juez deberá pronunciarse en la sentencia (principio de congruencia), también lo es que este mandato legal debe ceder a los postulados superiores, cuanto más respecto de los derechos constitucionales a la vida en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social, puesto que "*La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores*" (artículo 48 de la C.P.), como extremo débil de la relación laboral, que imponen a las autoridades estatales la obligación de adoptar medidas tendientes a su protección efectiva, ya que sería mayor el menoscabo para la persona cuando llegare a acceder a un derecho pensional (sea por vejez o invalidez) con un monto que no reconoce la fuerza laboral que entregó a su empleador, frente a los demás que sí obtuvieron todos los beneficios a los que se tiene derecho en un contrato de trabajo (principio de proporcionalidad).

Lo anterior, además por cuanto al hallarse involucrados derechos de linaje constitucional fundamental, ha de privilegiarse el principio de *iura novit curia*[33], en virtud del cual al juez le incumbe aplicar el derecho pese a que este sea diferente al invocado por las partes, pues es su deber estudiar el asunto de acuerdo con los hechos y el derecho vigente, por lo que se insiste en que el juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, en tanto que aquellos derechos son de aplicación judicial inmediata y evidenciada su vulneración, en aras de su prevalencia sobre el derecho procesal, habrán de adoptarse las medidas jurídicas necesarias para su restablecimiento, lo cual encuentra respaldo en lo expuesto por la Corte Constitucional, en sentencia C-197 de 1999, con ponencia del magistrado Antonio Barrera Carbonell, en el sentido de que "*…cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación*", por lo cual lo anotado no implica la adopción de una decisión *extra petita*, sino 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[34].

---

[32] Ley 1437 de 2011, artículos 162 (numeral 2) y 163 (inciso 2°).

[33] "Los jueces dan el derecho. Para algunos autores surgió en forma de advertencia, casi diríamos de exabrupto que un juez, fatigado por la exposición jurídica de un abogado, le dirigiría: *Venite ad factum. Iura novit curia*; o lo que es lo mismo: 'Abogado: pasad a los hechos; la corte conoce el derecho'…". CISNEROS FARÍAS, Germán. Diccionario de frases y aforismos latinos: Una compilación sencilla de términos jurídicos. México, primera edición, número 51, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie: estudios jurídicos, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 55.

[34] El Consejo de Estado (sección segunda, subsección A), en sentencia de 17 de abril de 2008, expediente 25000-23-25-000-1999-03598-01(4218-04), C.P. Jaime Moreno García, sobre el particular dijo: "*...el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con* ***el pago de las cotizaciones correspondientes****...****no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación. No es, por tanto, una decisión extra-petita, pues como quedó dicho, son derechos inherentes a la relación laboral***" (negrilla fuera de texto).

Acerca del tema, también resulta pertinente evocar la sentencia de 28 de mayo de 2015 de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral)[35], que explicó lo siguiente:

> "(…) estima pertinente la Sala recordar, que de conformidad con el art. 17 de la L. 100/1993, modificado por el art. 4 de la L. 797/2003, durante la vigencia de la relación laboral, es obligación del empleador afiliar a su trabajador y efectuar las cotizaciones al sistema general de pensiones, y es también el único responsable de realizar el pago de tales aportes -incluido el porcentaje que le corresponde al trabajador-, tal como lo prevé el art. 22 de la L. 100/1993.
>
> Ello significa que si el empleador incumple las obligaciones que el Sistema de Seguridad Social le impone, debe soportar no sólo el pago de tales aportes, también las demás sanciones a que haya lugar, tal como lo precisa el art. 23 *ibídem*.
>
> Lo anterior, también aplica a los eventos en los cuales el Juez declara la existencia de un contrato de trabajo, pues **esa decisión judicial**… **indefectiblemente conlleva la obligación de realizar aportes al régimen pensional al cual pertenecía o estaba afiliado el demandante**…**sin que sea dable pensar siquiera, que el trabajador se vea obligado a iniciar un nuevo proceso persiguiendo el pago de tales aportes, pues tal objetivo se cumple cuando la jurisdicción declara la existencia del contrato realidad**" (se destaca).

Por último, resulta oportuno precisar que la imprescriptibilidad de la que se ha hablado no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y 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, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual 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 trabajador.

3.3.2 Existencia de la relación de trabajo con el Estado (contrato realidad) en la labor docente. En principio cabe precisar que respecto de los contratos estatales de prestación de servicios la Ley 80 de 1993, en su artículo 32 (numeral

---

[35] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 28 de mayo de 2015, radicación 45985, magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

3), dispone:

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

Es decir, que el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual.

Por su parte, la honorable Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de las expresiones "*no puedan realizarse con personal de planta o*" y "*En ningún caso...generan relación laboral ni prestaciones sociales*" contenidas en el precitado numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80, en sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997[36], precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, así:

> "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

[36] Corte Constitucional, sentencia de 19 de marzo de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

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.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo".

Ahora bien, el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968[37], "*Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil…*", dispone:

"Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones".

La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009, al señalar la permanencia, entre otros criterios, como un elemento más que indica la existencia de una relación laboral. Frente al tema, expuso:

"La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el

[37] Modificado por el Decreto 3074 del mismo año.

> Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos".

De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

En otras palabras, el denominado "*contrato realidad*" aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales[38].

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda[39] recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) 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; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión.

En lo que se refiere a la vinculación de docentes a través de contratos de prestación de servicios, sea lo primero advertir que el artículo 2 del Decreto ley 2277 de 1979[40] define como docente a quien ejerce la profesión de educador, es

---

[38] En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10).

[39] Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.

[40] *"por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente."*

decir, "…*el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo*"[41].

Asimismo, les impone la citada normativa una serie de obligaciones[42] y prohibiciones[43], entre las que se destacan: (i) "*Cumplir las órdenes inherentes a sus cargos que les impartan sus superiores jerárquicos*", (ii) "*Cumplir la jornada laboral y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias de su cargo"* y (iii) no "*…abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorización previa"*.

La mencionada definición de la labor docente fue reafirmada por el artículo 104[44] de la Ley 115 de 1994[45] (ley general de educación) al prever que *"El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos...*", norma en la que además se consideró al servicio educativo como público y de responsabilidad de la Nación y de las entidades territoriales, debidamente reglamentado por el gobierno nacional, por intermedio del Ministerio de Educación Nacional en coordinación con las secretarías de educación departamentales, municipales y distritales, bajo el

---

[41] Se aclara que esta norma no fue derogada por la Ley 60 de 1993, *"por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias 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"*

[42] Decreto 2277 de 1979, artículo 44º: "Deberes de los docentes. Son deberes de los docentes vinculados al servicio oficial,

a. Cumplir la constitución y las leyes de Colombia;
b. Inculcar en los educandos el amor a los valores históricos y culturales de la Nación y el respeto a los símbolos patrios;
c. Desempeñar con solicitud y eficiencia las funciones de su cargo;
d. Cumplir las órdenes inherentes a sus cargos que les impartan sus superiores jerárquicos;
e. Dar un trato cortés a sus compañeros y a sus subordinados y compartir sus tareas con espíritu de solidaridad y unidad de propósitos;
f. Cumplir la jornada laboral y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias de su cargo;
g. Velar por la conservación de documentos, útiles, equipos, muebles y bienes que le sean confiados;
h. Observar una conducta pública acorde con el decoro y la dignidad del cargo;
i. Las demás que para el personal docente, determinen las leyes y los reglamentos ejecutivos.

[43] Decreto 2277 de 1979, artículo 45: "Prohibiciones. A los docentes les está prohibido abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorización previa".

[44] "Artículo 104. El educador. El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos, acorde con las expectativas sociales, culturales, éticas y morales de la familia y la sociedad.
Como factor fundamental del proceso educativo:
a) Recibirá una capacitación y actualización profesional;
b) No será discriminado por razón de sus creencias filosóficas, políticas o religiosas;
c) Llevará a la práctica el Proyecto Educativo Institucional, y
d) Mejorará permanentemente el proceso educativo mediante el aporte de ideas y sugerencias a través del Consejo Directivo, el Consejo Académico y las Juntas Educativas".

[45] "por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros".

denominado plan nacional de desarrollo educativo de revisión decenal.
Ahora bien, en relación con las actividades y/o funciones de los docentes temporales[46] y docentes – empleados públicos, en el parágrafo primero del artículo 6° de la Ley 60 de 1993[47] se dispuso un régimen transitorio de seis años, con el objeto de incorporar progresivamente a las plantas de personal a aquellos vinculados por medio de contratos de prestación de servicios, precepto que alentaba la disparidad entre dichos regímenes jurídicos y fue objeto de censura constitucional en la sentencia C-555 de 1994[48] por infracción al artículo 13 superior, ya que con la citada incorporación progresiva[49] de los *"docentes-contratistas"* se afianzaba su vocación de permanencia sin discusión alguna y "… *la semejanza material de su actividad respecto a la que desempeñan los demás maestros y profesores"*, pues de mantenerse la norma, se permitiría una desigualdad material[50] prohibida en la Constitución Política.

La Corte Constitucional, en las consideraciones del citado fallo, sostuvo además que la aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, de conformidad con "*Las características asociadas a la celebración de contratos administrativos de prestación de servicios con docentes temporales, por las notas de permanencia y subordinación que cabe conferir a la actividad personal que realizan, pueden servir de base para extender a ésta la protección de las normas laborales*".

Este criterio coincide con la línea jurisprudencial consolidada[51] de las

---

[46] Ante la imposibilidad de crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria con cargo a la Nación por restricción legal, entre otras normas, el parágrafo 2º del artículo 54 de la Ley 24 de 1988, subrogada por el artículo 9 de la Ley 29 de 1989, en algunas entidades territoriales optaron por vincular mediante contratos de prestación de servicio (de conformidad con el Decreto ley 222 de 1983, vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 80 de 1993) a los denominados *"docentes temporales",* para suplir las necesidades de cubrir el servicio educativo requerido.

[47] "Artículo 6°. Administración de Personal. Corresponde a la Ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales. (…)
Parágrafo 1. Los docentes temporales vinculados por contrato a los servicios educativos estatales antes del 30 de junio de 1993 que llenen los requisitos de la carrera docente, serán incorporados a las plantas de personal de los departamentos o de los distritos en donde vienen prestando sus servicios, previo estudio de necesidades y ampliación de la planta de personal. La vinculación de los docentes temporales será gradual, pero deberá efectuarse de conformidad con un plan de incorporación que será proporcional al incremento anual del situado fiscal y con recursos propios de las entidades territoriales y en un término no mayor a los seis años contados a partir de la publicación de la presente ley" (La Ley 60 de 1993 fue derogada por el artículo 113 de la Ley 715 de diciembre 21 de 2001).

[48] Sentencia de la Corte Constitucional de 6 de diciembre de 1994, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, que, entre otros, declaró inexequible el parágrafo primero del artículo 6° de la Ley 60 de 1993 y el parágrafo tercero del artículo 105 de la Ley 115 de 1994.

[49] "Artículo 105. Vinculación al Servicio Educativo Estatal.
(…)
Parágrafo tercero. A los docentes vinculados por contrato contemplados en el parágrafo primero del artículo 6º de la ley 60 de 1993 se les seguirá contratando sucesivamente para el período académico siguiente, hasta cuando puedan ser vinculados a la planta de personal docente territorial".

[50] Igualmente, en esa sentencia C-555 de 1994, se dijo: "En fin, pese a que la transitoriedad se estime como una forma legítima para reducir la desigualdad, dentro de la misión promocional que a este respecto le corresponde realizar al Estado según lo indicado en el inciso segundo (2°) del artículo 13 de la C.P., la inexequibilidad se impone, pues este precepto se refiere a las desigualdades materiales existentes en la sociedad y no aquellas que la misma ley establece, genera y suscita, las cuales se prohíben en la Carta al prescribir: 'Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley' (C.P. Art. 13).".

[51] Al respecto véanse las sentencias de (i) 30 de octubre de 2003 de la subsección B, C.P. Jesús María Lemos Bustamante, número interno 2460-2003, actora: Sonia Stella Prada Cáceres, (ii) 30 de marzo de 2006 de la

subsecciones de esta Sala, en el sentido de que la labor del docente contratista no es independiente, sino que el servicio se presta de manera personal y subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación.

Igualmente, es menester anotar que la actividad docente no se desarrolla en virtud de la coordinación imperante en los contratos de prestación de servicios[52], comoquiera que se cumple conforme a las instrucciones, directrices y orientaciones de sus superiores en el centro escolar, la secretaría de educación territorial y el Ministerio de Educación Nacional, es decir, no bajo su propia dirección y gobierno[53], de lo cual se infiere que la subordinación y la dependencia se encuentran inmersas en dicha labor, esto es, connaturales al ejercicio docente sujeto a los reglamentos propios del magisterio.

A manera de conclusión y de acuerdo con los derroteros trazados por ambas subsecciones, dirá la Sala que la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes – empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes-contratistas merecen una protección especial por parte del Estado.

3.4 Caso concreto. El material probatorio traído al plenario da cuenta de la situación respecto de los hechos a los cuales se refiere la presente demanda, en

---

subsección B, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, expediente 52001-23-31-000-1999-01215-02 (4669-04), demandante: María Carmela Guerrero Benavides, (iii) 14 de agosto de 2008 de la subsección A, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 68001-23-15-000-2002-00903-01 (0157-08), (iv) 1° de octubre de 2009 de la subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, expediente 0488-2009, actor: Liliana Esmeralda Jaimes Jaimes, (v) 4 de noviembre de 2010 de la subsección A, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 0761-2010, actor: Marisel Bohórquez Sarmiento, (vi) 16 de febrero de 2012 de la subsección B, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, expediente 1961-11, actor: María Edilma Barrera Reyes, y (vii) 24 de octubre de 2012 de la subsección A, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, expediente 68001-23-31-000-2003-02568-01(1201-12), actor: Héctor Alfonso Cáceres Gómez.

[52]La sala plena de la Corporación, en providencia de 18 de noviembre de 2003, expediente IJ-0039, consejero ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, actora: María Zulay Ramírez Orozco, indicó que era inaceptable reconocer la existencia de una relación laboral en circunstancias en las cuales el contratista coordina con su contratante la prestación del servicio y precisó: *"Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales".*

[53] Esta posición se sostuvo en decisión de la subsección B de esta sección de 4 de noviembre de 2004, expediente 15001233100019990256l-01 (3661-2003), con ponencia del entonces consejero Alejandro Ordóñez Maldonado, demandante: Marlén Fúquene Ramos.

tal virtud, se destaca:

a) El 16 de octubre de 2012, la actora solicitó del secretario de hacienda del municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales por haber laborado 12 años y 1 mes, sin que estas le fueran canceladas, las que pide le sean incluidas en el acuerdo de reestructuración de pasivos de la Ley 550 de 1999[54].

b) El alcalde de Ciénaga de Oro, mediante oficio 514 de 6 de noviembre de 2012, no accedió a declarar la existencia de una relación laboral entre la actora y el municipio, por considerar que el derecho reclamado se encuentra prescrito[55].

c) El 16 de noviembre de 2012, la demandante, por medio de apoderado, interpuso recurso de reposición contra la anterior decisión[56].

d) A través de Resolución 475 de 17 de diciembre de 2012[57], suscrito por el alcalde del municipio demandado no repone la decisión contenida en el oficio 514 de 6 de noviembre de 2012, bajo los siguientes argumentos:

> "Que no es procedente acceder a su solicitud porque si bien es cierto que existe un precedente jurisprudencial, no es menos cierto que el municipio no cuenta con la disponibilidad presupuestal para amparar dicho gasto, lo cual hace imposible reconocer lo solicitado.
>
> Que tampoco es procedente reconocer dicha acreencia para ser incluida en Ley 550, porque al momento de hacer dicho reconocimiento se hace como un gasto corriente y este sería en la vigencia actual y debe contar con la disponibilidad de recursos y por ello es improcedente su reconocimiento dentro de ley 550, ya que las acreencias a incluir son las que vienen como pasivos hasta el 22 de junio de 2012, fecha en la cual fue aprobada la promoción del Acuerdo de Reestructuración de Pasivos".

e) Según certificación expedida el 30 de enero de 2013[58] por el jefe de recursos humanos de la alcaldía de Ciénaga de Oro, la actora prestó sus servicios mediante contratos de prestación de servicios como "*Maestro Municipal de Ciénaga de Oro*", así:

> "Julio 01 de 1986 a noviembre 30 de 1986
> Febrero 02 de 1987 [a] noviembre 30 de 1987
> Mayo 02 de 1988 a noviembre 30 de 1988
> Abril 01 de 1989 a noviembre 30 [de] 1989
> Julio 03 de 1990 a noviembre 30 de 1990
> Marzo 01 de 1991 a noviembre 30 de 1991
> Febrero 02 de 1992 a noviembre 30 de 1992
> Febrero 01 de 1994 a Noviembre 30 de 1994

---

[54] Ff.12 y 13.
[55] F. 19 y 20.
[56] Ff.15 a 18.
[57] Ff.21 y 22. Resolución 475 de 17 de diciembre de 2012, notificada personalmente a la actora el 14 de enero de 2013.
[58] F. 23.

Marzo 01 de 1995 a diciembre 30 de 1995
Febrero 01 de 1996 a Diciembre 30 de 1996
Enero 02 de 1997 a Diciembre 30 de 1997.

En el año 1998 continu[ó] vinculado, amparado por la Ley 60 y 115, situación legalizada a través del Decreto Nº 057 de enero 31 de 2002

A partir del 1º de febrero de 2002, pasó a n[ó]mina del Departamento, por no estar certificado el Municipio de Ciénaga de Oro.

Total tiempo de servicio a esa entidad: 13 años y 01 mes" (sic para toda la cita).

f) A solicitud del Tribunal de primera instancia, se envió con destino a este proceso, constancia de 14 de mayo de 2014 que contiene la misma información certificada por la alcaldía municipal, relacionada en la letra anterior, con la siguiente anotación[59]:

"La anterior información, suministrada, est[á] basada en copias simples aportadas por el contratista después del siniestro ocurrido el 28 de octubre de 2007, según lo expresa el Decreto de la ocurrencia del siniestro Nº 018 de febrero 01 de 2008, el cual se anexa a la presente certificación"[60].

g) Copia de los siguientes contratos de prestación de servicios:

Contrato	**Objeto**	**Fecha**	**Término**	**Valor total/mensual**	**Folios**
S/N	Magisterio escuela rural mixta Las Balsas	1/07/1986	5 meses	$12.000	82
S/N	Magisterio escuela rural mixta Las Balsas	3/03/1987	9 meses	$18.000	81
S/N	Magisterio escuela rural mixta Las Balsas	2/05/1988	7 meses	$18.000	80
S/N	Magisterio escuela rural mixta Las Balsas	24/04/1989	8 meses	$20.000	78
S/N	Magisterio escuela rural mixta Seis de Enero	3/07/1990	5 meses	$23.000	79
S/N	Maestro escuela Seis de Enero	1/03/1991	9 meses	$270.000 $30.000	77
S/N	Maestra municipal escuela Seis de Enero	2/02/1992	10 meses	$450.000 $45.000	84
90-202	Maestro zona Aguas Coloradas	1/02/1994	10 meses	$900.000 $90.000	83

[59] F. 69.
[60] Decreto 18 de 1 de febrero de 2008 "por medio el cual se declara la ocurrencia de un siniestro, la destrucción y pérdida total del Palacio Municipal, de la documentación y de bienes muebles que en él se encontraban" (ff. 85 y 86).

231	Maestro para la escuela Aguas Coloradas	1/03/1995	10 meses	$1.460.890 $146.089	73 y 74
25-200	Maestro municipal en la escuela Aguas Coloradas	1/02/1996	11 meses	$2.046.374 $372.068	75 y 76
ilegible	Maestro municipal con grado (1)	2/01/1997	12 meses	$3.518.844 $586.474	71 y 72

h) Copia de Decreto 57 de 31 de enero de 2002[61], por el cual se nombra en provisionalidad a la demandante como docente en la escuela *"…ESC. NUEVA AGUAS COLORADAS corregimiento de AGUAS COLORADAS municipio de Ciénaga de Oro, a partir del primero de febrero de 2002 hasta cuando la Secretaría de Educación fije las plantas definitivas de docentes de las escuelas y colegios de acuerdo con los parámetros establecidos por el Ministerio de Educación Nacional".*

De las pruebas anteriormente enunciadas, estima la Sala que la demandante prestó sus servicios como maestra (docente) en escuelas rurales del municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), mediante contratos de prestación de servicios, durante los siguientes períodos:

- 1986 (5 meses), de julio a noviembre
- 1987 (9 meses), de marzo a noviembre
- 1988 (7 meses), de mayo a noviembre
- 1989 (8 meses), de abril a noviembre
- 1990 (5 meses), de julio a noviembre
- 1991 (9 meses), de marzo a noviembre
- 1992 (10 meses), de febrero a noviembre
- 1994 (10 meses), de febrero a noviembre
- 1995 (10 meses), de marzo a diciembre
- 1996 (11 meses), de febrero a diciembre
- 1997 (12 meses), de enero a diciembre

Asimismo, está demostrado con la copia de los contratos de prestación de servicios (ff. 70 a 84) y las certificaciones de tiempo de servicio (ff. 23 y 69), la existencia de dos de los elementos de la relación laboral, por un lado, **la prestación personal del servicio**, por cuanto efectivamente la demandante fue contratada por el municipio de Ciénaga de Oro como maestra, lo que implica que fue quien prestó el servicio, y por otro, la **remuneración por el trabajo cumplido**, comoquiera que en dichos contratos de prestación de servicios se estipuló un *"valor del contrato"* con cargo a los recursos presupuestales de la entidad territorial, es decir, la suma de dinero que tenía derecho a percibir y la modalidad del pago, lo que se entiende como la remuneración pactada por el servicio o el trabajo prestado, independientemente de su denominación (honorarios o salario), que en este caso le era pagada de forma mensual, según lo acordado en cada contrato.

[61] F. 24.

Sin embargo, cabe anotar que si bien no se aportó prueba de los pagos recibidos, la entidad demandada no lo discutió ni se opuso a ello, razón por la cual ha de entenderse que sí los efectuó, al cumplir sus obligaciones contractuales.

En relación con la **subordinación**, como último elemento de la relación laboral, se observa que la actora pese a vincularse como docente mediante contratos de prestación de servicios celebrados bajo los principios de la Ley 80 de 1993, la ejecución de su actividad docente necesariamente implicó la prestación de sus servicios intelectuales de manera directa y sin independencia en el cumplimiento de su labor, pues por el contrario debió cumplir el horario y los parámetros fijados por los reglamentos del servicio público de educación, por lo que se generó dependencia y subordinación con la entidad territorial para la cual trabajaba.

Por lo tanto, las actividades desarrolladas por la demandante revisten las características propias de un empleo de carácter permanente, pues estuvo por más de 12 años como maestra al servicio del municipio de Ciénaga de Oro, las que cumplió de manera subordinada por la naturaleza misma del ejercicio docente sujeto a los reglamentos propios del magisterio y bajo igualdad de condiciones que los docentes – servidores públicos, motivo por el cual es procedente acceder al reconocimiento de la existencia de una relación laboral.

Y si bien, según los documentos allegados, existieron algunas interrupciones, las probanzas coinciden en el hecho de que la demandante prestó sus servicios por trece (13) años y un (1) mes como maestra al municipio de Ciénaga de Oro, lo cual demuestra su atadura con la entidad territorial, que persistió pese a la modalidad de contratación utilizada por la Administración.

En este orden de ideas, a la presente controversia le es aplicable el principio de *"la primacía de la realidad sobre formalidades*", pues es indudable que la demandante se encontraba en las mismas condiciones de los docentes nombrados en planta, en tanto desempeñaba personalmente la labor, en un cargo que revestía la característica de permanente, motivo por el cual estaba sujeta a subordinación y dependencia.

Por lo anterior, si bien es cierto que la accionante se vinculó como maestra al municipio de Ciénaga de Oro a través de sucesivos contratos de prestación de servicios, también lo es que se desdibujaron las características propias de este tipo de vínculo, circunstancia que originó una relación laboral distinguida por su permanencia y continuidad en la prestación de los servicios y la correspondiente subordinación.

Pese a hallarse probados los elementos configurativos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación o dependencia), destaca la Sala que ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, ya que no median los componentes para una relación de carácter legal y

reglamentaria en armonía con el artículo 122 superior[62].

3.4.1 Restablecimiento del derecho. Sobre este aspecto, es del caso precisar que existen criterios jurisprudenciales discordantes entre las salas de decisión que integran esta sección segunda, particularmente, en lo que concierne a si el pago de las prestaciones que se reconocen como consecuencia de la nulidad del acto administrativo que negó la existencia de la relación laboral, procede a título de restablecimiento del derecho o como reparación integral del daño. A manera de ejemplo, se tiene:

i) Que en sentencia de unificación de 19 de febrero de 2009, expediente 73001-23-31-000-2000-03449-01 (3074-05), la sección segunda, con ponencia de la doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez, optó por el criterio atinente a la reparación integral del daño, que consiste en el pago de las prestaciones sociales ordinarias (liquidadas con base en los honorarios pactados contractualmente) y la indemnización integral de los perjuicios sufridos, al estimar:

> "La tesis que actualmente maneja esta Corporación al momento de indemnizar este tipo de controversias, se limita a condenar al pago de las prestaciones sociales ordinarias que devenga un empleado público en similar situación, pero liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios.
>
> Dicho argumento es justificado, en que como quien pretende demostrar el contrato realidad, no ostenta la calidad legal de empleado público, carece del derecho al pago de todas las prestaciones sociales a las que tendría derecho un servidor en estas condiciones, tal como se desprende de la siguiente providencia:
>
> > ***"La condena al pago de prestaciones sociales*** *en favor de la parte actora, en igualdad de condiciones a un educador oficial.*
> >
> > *En la sentencia de nov. 30/00 se expresó que* ***no es de recibo*** *porque, como ya se dijo, el régimen prestacional tiene unos destinatarios que son los empleados públicos y trabajadores oficiales, calidad que en verdad la Parte demandante no tenía en el lapso discutido.*
> >
> > *Agregó, que no obstante, en aras de preservar la equidad hasta donde es posible,* ***la Jurisdicción ha accedido a reconocer a título de INDEMNIZACION, el equivalente a las prestaciones sociales que perciben los docentes oficiales (de la respectiva Entidad Contratante), tomando el valor de lo***

---

[62] "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.
Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.
Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.
Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.
(…)".

pactado en el contrato de prestación de servicios, como base para la liquidación de la indemnización, tal como se expresó claramente en la Sentencia de marzo 18/98 del Exp. No. 11722 – 1198/98, de la Sección 2ª de esta Corporación, con ponencia del Dr. Flavio Rodríguez.

Y para tal efecto, se deben determinar inicialmente cuáles son esas prestaciones ordinarias a que tienen derecho los educadores oficiales (v.gr. prima de navidad, cesantía, etc.) y la forma de su liquidación (v.gr. número de días y valores, etc.), para después calcular, teniendo en cuenta esos parámetros y el valor de esas prestaciones que no pudieron devengar, conforme a los honorarios pactados."[63] (Negrilla del Texto)

No existe discusión en cuanto a que para ostentar la calidad de empleado público es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución, como son que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Adicionalmente se deben cumplir los presupuestos de ley: Nombramiento y Posesión.

El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.

El artículo 53 de la Constitución que establece la prevalencia de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no puede ser escindido, si no concordado con la *"irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales"*, por lo que una vez declarada la situación irregular del contrato de prestación de servicios, la lógica jurídica y la interpretación gramatical de la norma superior no debe ser otra que reconocer las garantías establecidas en las normas jurídicas".

ii) Con fallo de 21 de octubre de 2009 (expediente 05001-23-31-000-2001-03454-01)[64], la subsección A de esta misma sección, contrario a lo determinado en la sentencia anterior, sostuvo que el reconocimiento de las correspondientes prestaciones sociales, el cómputo del tiempo servido para efectos pensionales y el pago de las respectivas cotizaciones se otorgan como restablecimiento del derecho, por cuanto:

"El artículo 85 del C.C.A., al concebir la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevé que todo aquel cuyo derecho amparado por una norma jurídica estime lesionado, puede acudir ante la jurisdicción para pedir, además de la nulidad del acto, que se le restablezca en su derecho, así

---

[63] *Sentencia de 28 de junio de 2001, M.P. TARSICIO CÁCERES TORO, Exp. 2324-00, Actora: MARÌA BERTHA DÍAZ CORREA.*

[64] C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

como también la reparación del daño. La acción indemnizatoria surge cuando no es posible volver las cosas al estado anterior porque la misma naturaleza del daño impide tal circunstancia, pues sabido es que dentro de la sociedad y la naturaleza hay situaciones que resultan irreversibles y la única manera de compensar a la víctima es a través de una retribución pecuniaria.

Frente a este aspecto, la Sala se apartó de la conclusión a que se llegó en la sentencia de 18 de marzo de 1999[65] y replanteó[66], en principio, tal posición, por cuanto consideró que la lesión que sufre el servidor irregularmente contratado puede ser resarcida a través del **restablecimiento del derecho**, término que implica restituir la situación, devolverla al estado existente con anterioridad a la lesión inferida. Ello tiene cabida a través de la declaración judicial de la existencia de la relación laboral de orden legal y reglamentario, **con todo aquello que le sea inherente**.

Por lo anterior, los derechos que desde ese fallo se vienen reconociendo, se ordenan **no a título de indemnización**, como otrora se había venido haciendo, sino como el pago **del conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio**".

Postura que también se consignó en sentencia de 12 de mayo de 2014, expediente 05001233100020050680 6-01 (1785-2013), con ponencia del doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

iii) Por su parte, la subsección B en providencia de 4 de febrero de 2016, expediente 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14), consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve, se inclinó por el derrotero trazado en la sentencia de 19 de febrero de 2009, antes citada, al considerar:

"Bajo tal entendimiento, no podría ordenarse que la situación del contratista volviera al estado de cosas propio de un empleado público porque jamás ha ostentado dicha condición, en cambio, la Sala ha reconocido que una vez acreditados los elementos propios de la relación laboral, surge el derecho al reconocimiento y pago, como reparación del daño, de los mismos emolumentos que perciben los servidores públicos de la entidad en la cual prestaron los servicios bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios[67], siendo la sentencia constitutiva de dicho derecho.

Basta recordar que los efectos de la declaratoria de la nulidad de los actos administrativos particulares, en las acciones de restablecimiento del derecho al tenor del artículo 85 del C.C.A, comprende, no sólo el restablecimiento del derecho, entendido este como el efecto de volver las cosas al estado anterior, sino también la reparación del daño, en los casos en que no es posible volver las cosas al estado anterior, siendo la reparación integral del daño, la única manera de compensar a la víctima por la lesión originada en un acto ilegal.

---

[65] Sentencia IJ 039 del 18 de Noviembre de 2003, Actor. Maria Zulay Ramírez Orozco. MP. Nicolás Pajaro Peñaranda.
[66] Sentencia del 17 de abril de 2008. Actor José Nelson Sandoval MP. Jaime Moreno García.
[67] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de unificación de 19 de febrero de 2009. Expediente 73001-23-31-000-2000-03449-01 (3074-05), C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

Valga aclarar que, la Sala, ha acudido a los honorarios pactados, como punto de partida para la reparación de los daños en este tipo de controversias, siendo este el criterio imperante cuando el cargo desempeñado por el contratista no existe en la planta de personal, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal, dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios, ya que de otra forma se incurría en subjetivismos por parte de la administración, a la hora de definir la identidad o equivalencia con otro empleo existente en la planta de la entidad, con el riesgo de reabrir la controversia al momento de ejecutar la sentencia.

No obstante, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso, las Subsecciones A y B de la Sección Segunda, también han tenido en cuenta, de manera excepcional, como criterio para la reparación del daño, el salario devengado por un empleado de planta de la entidad, en aquellos casos en que se ha demostrado que el empleo desarrollado por el contratista demandante existe en la planta de personal y es desempeñado en igualdad de condiciones que los servidores públicos de planta[68], o cuando los honorarios pactados son inferiores al salario devengado por un empleado de planta de la entidad con las mismas funciones desarrolladas[69].

En este orden de ideas, la Sala considera oportuno y necesario precisar cuál es el criterio imperante para el reconocimiento de la reparación de los daños derivados de la existencia del contrato realidad, dependiendo si las actividades contratadas bajo la modalidad de prestación de servicios son iguales a las funciones asignadas a empleos existentes en la planta de personal de la entidad o si no lo son, pues según el caso, el parámetro objetivo para la tasación de perjuicios podrá variar, en aplicación de los principios laborales de igualdad de oportunidades y remuneración proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, derivados del artículo 53 de la C.P.

En tal sentido, dirá la Sala que los honorarios pactados son el criterio imperante cuando el cargo desempeñado por el contratista no existe en la planta de personal, pues en razón a la inexistencia del cargo, dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios".

Frente al anterior panorama jurisprudencial, resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso-administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal, para lo cual ha de advertirse que el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial,

---

[68] Ver entre otras: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de 27 de noviembre de 2014, Expediente: 05001-23-33-000-2012-00275-01, Referencia: 3222-2013, Actor: DAVID ALEJANDRO JARAMILLO ARBELAEZ; Subsección A, sentencia de 4 de junio de 2009, Referencia 1221-08, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Subsección A, sentencia de 21 de octubre de 2009, referencia 2725-08, C.P. Luis Rafael Vergara.

[69] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 11 de marzo de 2010, Referencia: 2168-08, C.P. Alfonso Vargas Rincón.

es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad.

Por consiguiente, no resulta procedente condenar a la agencia estatal demandada al pago de las prestaciones a las que tenía derecho el contratista-trabajador a título de reparación integral de perjuicios, dado que estas se reconocen como efecto de la anulación del acto que las negó, pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, esto es, a pesar de tener una remuneración constituida por los honorarios pactados, le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo.

Pero lo anterior no es óbice para que la persona (demandante) reclame el pago de los perjuicios que estime le fueron causados por el acto presuntamente ilegal, pues en virtud del artículo 138 del CPACA "*Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho;* ***también podrá*** *solicitar que se le repare el daño*", sin embargo, aquellos deben acreditarse a través de los medios probatorios que el sistema normativo prevé.

Ahora bien, en lo que atañe al ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el docente vinculado por contrato de prestación de servicios, cabe anotar que este corresponderá a los honorarios pactados, ya que no es dable tener en cuenta, en este caso, el empleo de planta, pues los docentes oficiales se encuentran inscritos en el escalafón nacional docente que implica remuneraciones diferenciadas según el grado en el que estén[70].

En el escrito demandatorio, la actora pide el reconocimiento de cesantías, primas de servicios y navidad, vacaciones en dinero, dotaciones, auxilio de transporte e indemnización moratoria, porque prestó sus servicios como maestra en el municipio de Ciénaga de Oro por más de trece años, desde julio de 1986 hasta diciembre de 1997.

De conformidad con las pruebas recaudadas, se tiene que (i) la actora prestó sus

---

[70] Decreto 2277 de 1979, "por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente", artículo 36: "Derechos de los educadores. Los educadores al servicio oficial gozarán de los siguientes derechos:
(…)
b. Percibir oportunamente la remuneración asignada para el respectivo cargo y grado del escalafón;
(…)":

servicios por medio de contratos de prestación de servicios, del 1° de julio de 1986 al 30 de diciembre de 1997, con algunas interrupciones, y (ii) presentó reclamación ante su empleador el 16 de octubre de 2012.

Por consiguiente, comoquiera que el último de los contratos suscritos por la accionante culminó el 30 de diciembre 1997 y la reclamación la formuló el 16 de octubre de 2012, esto es, por fuera de los tres años señalados como el término de la prescripción extintiva, no resulta procedente conceder los emolumentos deprecados, por cuanto no se reclamaron oportunamente.

Pese a lo anotado, en atención a que los aportes al sistema de seguridad social inciden en el derecho pensional, que es imprescriptible, tal como se explicó en precedencia, la accionada deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1° de julio de 1986 y el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

3.5 Síntesis de la Sala. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:

i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de *in dubio pro operario*, no regresividad y progresividad.

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de

seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión *extra petita*, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados.

Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se revocará el fallo de primera instancia y en su lugar (i) se decretará la nulidad de los actos administrativos demandados, en cuanto le negaron a la accionante el reconocimiento de la existencia de una relación laboral; (ii) se ordenará al ente territorial accionado tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1° de julio de 1986 y el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, 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; (iii) se declarará que el tiempo laborado por la demandante como maestra bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios con el municipio de Ciénaga de Oro, desde el 1° de julio de 1986 hasta el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales; y (iv) se negarán las pretensiones relacionadas con el pago de cesantías, primas de servicios y navidad, vacaciones, dotaciones y auxilio de transporte, por haber operado la prescripción trienal.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de aportes para pensión se actualizarán de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = Rh. \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Se aclara que por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, conforme el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Asimismo, no hay lugar a condenar en costas a la parte vencida, en la medida en que conforme al artículo 365 (numeral 8) del Código General del Proceso (CGP)[71], "*Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*", situación que no se observa en el *sub lite*.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1.º 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,

[71] Se aclara que dicha norma entró en vigor el 1º de enero de 2014 y en su artículo 626 (letra c) derogó el CPC.

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.

3.° Revócase la sentencia de treinta (30) de septiembre de dos mil catorce (2014) proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, sala tercera de decisión, que negó las súplicas de la demanda en el proceso instaurado por la señora Lucinda María Cordero Causil contra el municipio de Ciénaga de Oro, conforme a la parte motiva, y en su lugar:

4.° Declárase la nulidad del oficio 514 de 6 de noviembre de 2012 y de la Resolución 475 de 17 de diciembre del mismo año, en cuanto el alcalde de Ciénaga de Oro le negó a la accionante el reconocimiento de la existencia de una relación laboral desde el 1° de julio de 1986 hasta el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones, de acuerdo con la motivación.

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 1° de julio de 1986 y el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, 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.

6.° El municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba) hará la actualización sobre las sumas adeudadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso

final) del CPACA, teniendo en cuenta los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula matemática adoptada por el Consejo de Estado, a saber:

$$R = Rh. \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

7.º El municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba) deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del CPACA.

8.º Declárase que el tiempo laborado por la señora Lucinda María Cordero Causil al municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba) como docente bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, desde el 1° de julio de 1986 hasta el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

9.° Niéganse las pretensiones relacionadas con el pago de cesantías, primas de servicios y navidad, vacaciones, dotaciones y auxilio de transporte, por haber operado la prescripción trienal, como se indicó en la motivación.

10.º Sin costas en las dos instancias.

11.º Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese, publíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de la fecha.

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Con aclaración de voto

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Con aclaración de voto

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

PRESCRIPCIÓN DE LAS MESADAS PENSIONALES EN CONTRATO REALIDAD - Operancia / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO EN RELACIÓN CON LOS APORTES PENSIONALES EN EL CONTRATO REALIDAD - Operancia / CONCILIACIÓN PREJUDICIAL - Procedencia frente a la reclamación de aportes pensionales

Es claro que el objeto de debate en este tipo de proceso no es el derecho pensional del contratista que pretende se declare la existencia de la relación laboral, de tal manera que, no se está frente a la reclamación de reconocimiento de una prestación periódica e imprescriptible, por lo que, no habría razón para que el medio extintivo de prescripción solo tenga que abordarse hasta la etapa final del proceso. En ese sentido, si del estudio del material probatorio se evidencia de manera clara e inequívoca la ocurrencia del medio extintivo de prescripción del derecho que enerva en su integridad lo pretendido por el reclamante, no habría lugar a adelantar un proceso que al momento de resolverse el fondo del asunto, terminaría definiéndose la misma consecuencia jurídica que habría podido darse en la audiencia inicial, es decir, declarando la ocurrencia total del medio extintivo de prescripción del derecho, todo ello acorde con lo previsto por el numeral 6º del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011. Aunado a ello, al no versar el proceso en estricto sentido acerca del reconocimiento de una prestación periódica e imprescriptible, no resulta procedente exonerar el mismo del presupuesto procesal de caducidad de la acción y del requisito de procedibilidad de agotamiento de conciliación prejudicial.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

Expediente: **2013-00260-01 (0088-2015)**
Actor: **LUCINDA MARÍA CORDERO CAUSIL**
Demandado: **MUNICIPIO DE CIÉNAGA DE ORO**

Asunto: Aclaración de Voto

Con el más profundo respeto por la decisión mayoritaria de la Sala, y no obstante compartir en el núcleo esencial la providencia adoptada en este proceso, me permite aclarar mi voto respecto de la oportunidad con que cuenta el juez administrativo para declarar el medio extintivo de prescripción en tratándose de asuntos como el debatido en la sentencia; así como también, lo relativo a la imprescriptibilidad de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del control realidad, la no exigibilidad del presupuesto procesal de caducidad y la excepción al deber de agotar el requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial.

Establece la providencia puntualmente las siguientes reglas: (i) «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». (ii) Así mismo, la referida

providencia señala que «el fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para pensión.» (iii) La excepción de la caducidad del medio del control de nulidad y restablecimiento del derecho y (iv) la no exigibilidad del requisito de procedibilidad del medio de control.

La suscrita comparte la postura esgrimida en la sentencia en cuanto la procedencia del medio extintivo de prescripción cuando se reclama la declaratoria de existencia de la relación laboral y en consecuencia, el pago de las prestaciones sociales derivadas de la mismas. Sin embargo, disiento de la condición de imprescriptibilidad que recae sobre la pretensión relacionada con los aportes al sistema de seguridad social en pensión de quien estuvo vinculado en calidad de contratista y pretenda se declare la existencia de una verdadera relación laboral y por ende, de la exoneración de exigir el presupuesto procesal de caducidad del medio de control y del requisito de procedibilidad de agotamiento de conciliación prejudicial.

En asuntos como el aquí debatido, es claro que el núcleo principal de la controversia gira en torno a la probanza que el contratista demandante realice acerca de los tres elementos configurativos de una verdadera relación laboral[72], la cual estuvo en principio abrigada bajo la modalidad de un contrato estatal de prestación de servicios, de tal suerte que, la consecuencia de salir avante la parte actora en el deber de demostrar tales requisitos de ley conllevaría al reconocimiento de las prestaciones sociales pretendidas y el deber que le asiste a la accionada de girar los aportes- mayor valor a pagar- respectivos al sistema de seguridad social en pensión y salud, siempre y cuando la reclamación se haya formulado dentro de los 3 años contados a partir de la última vinculación contractual.

Ahora, respecto de los aportes destinados al Sistema de Seguridad Social, el marco normativo en materia de la relación contractual estatal, le establece la obligación al contratista de cotizar[73] en el régimen de pensión y salud, por lo que, no es objeto de discusión que el contratista deberá estar afiliado obligatoriamente al Sistema General de Seguridad Social en salud, pensiones y para el caso de riesgos laborales, cuando laboren en actividades catalogadas por el Ministerio de Trabajo como de alto riesgo, y la base de cotización corresponderá al 40% del valor bruto del contrato facturado en forma mensualizada, con la imposibilidad de cotizar sobre una base inferior a un (1) salario mínimo legal mensual vigente ni superior a veinticinco (25) smlmv, costo que es asumido directamente por el contratista en su integridad y que por ende, resulta diferente frente al porcentaje que asume el servidor público respecto de la misma obligación.

---

[72] **ARTICULO 23.** ELEMENTOS ESENCIALES.
1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos esenciales:
a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle 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 contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y
c. Un salario como retribución del servicio.
[73] Inciso 1° del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002

Así las cosas, el contratista que alega la protección laboral con aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, no está desamparado frente a su eventual derecho pensional, como quiera que durante toda la ejecución del contrato de prestación de servicio debe cumplir con su afiliación a dicho régimen, de tal suerte que, ese tiempo le será válido al momento de reclamar el reconocimiento pensional, inclusive, no prosperando las pretensiones de la demanda, es decir, que aún en los casos en que no se declare la existencia de una relación laboral, dicho contratista generó los aportes al sistema que la ley exige y por lo tanto, ese tiempo le es válido para acreditar las semanas de cotización al momento de reclamar el reconocimiento pensional.

Entonces, es claro que el objeto de debate en este tipo de proceso no es el derecho pensional del contratista que pretende se declare la existencia de la relación laboral, de tal manera que, no se está frente a la reclamación de reconocimiento de una prestación periódica e imprescriptible, por lo que, no habría razón para que el medio extintivo de prescripción solo tenga que abordarse hasta la etapa final del proceso.

En ese sentido, si del estudio del material probatorio se evidencia de manera clara e inequívoca la ocurrencia del medio extintivo de prescripción del derecho que enerva en su integridad lo pretendido por el reclamante, no habría lugar a adelantar un proceso que al momento de resolverse el fondo del asunto, terminaría definiéndose la misma consecuencia jurídica que habría podido darse en la audiencia inicial, es decir, declarando la ocurrencia total del medio extintivo de prescripción del derecho, todo ello acorde con lo previsto por el numeral 6º del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011.

Aunado a ello, al no versar el proceso en estricto sentido acerca del reconocimiento de una prestación periódica e imprescriptible, no resulta procedente exonerar el mismo del presupuesto procesal de caducidad de la acción y del requisito de procedibilidad de agotamiento de conciliación prejudicial.

En estos términos, entonces, dejo expuesto mi pensamiento sobre el particular.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO REALIDAD / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIO CONTINUO Y POR TIEMPO DETERMINADO CON INTERRUPCIÓN / PÉRDIDA DE LA SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD - Término

El término que se debe tener en cuenta para determinar la pérdida de la solución de continuidad, en aquellos contratos de prestación de servicios que se pactan en forma continua y por un tiempo determinado, pero que presentan interrupción en la celebración de uno y otro. En la sentencia que aclaro, se indicó que en estos eventos se deberá analizar la prescripción respecto de la fecha de finalización de cada uno de ellos, no obstante considero útil para los efectos del requisito de continuidad precisar que el lapso encuentra referencia en el art. 10 del Decreto 1045 de 1978 el cual señala 15 días.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1045 DE 1978 - ARTÍCULO 10

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN EN EL CONTRATO REALIDAD - Aplicable sólo a docentes

Considero propio de las sentencias de unificación individualizar en forma clara y precisa los destinatarios de las reglas que en ellas se disponen. De manera, que es imperioso aclarar que los criterios de interpretación fijados en la presente sentencia se aplican en forma exclusiva al contrato realidad de los docentes, sin que puedan ser extensivos para desvirtuar los contratos de prestación de servicios de otra profesión o actividad.

Radicación: 25001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)

Actor: LUCINDA MARÍA CORDERO CAUSIL

Tema: Contrato Realidad Docente

Respetuosamente en este escrito consigno las razones por las cuales aclaro el voto respecto de la sentencia de 25 de agosto del 2016, proferida por la Sección Segunda.

En mi criterio es importante precisar en primer lugar, el término que se debe tener en cuenta para determinar la pérdida de la solución de continuidad, en aquellos contratos de prestación de servicios que se pactan en forma continua y por un tiempo determinado, pero que presentan interrupción en la celebración de uno y otro. En la sentencia que aclaro, se indicó que en estos eventos se deberá analizar la prescripción respecto de la fecha de finalización de cada uno de ellos, no obstante considero útil para los efectos del requisito de continuidad precisar que el lapso encuentra referencia en el art. 10 del Decreto 1045 de 1978 el cual señala 15 días.

En segundo lugar, considero propio de las sentencias de unificación individualizar en forma clara y precisa los destinatarios de las reglas que en ellas se disponen.

De manera, que es imperioso aclarar que los criterios de interpretación fijados en la presente sentencia se aplican en forma exclusiva al contrato realidad de los docentes, sin que puedan ser extensivos para desvirtuar los contratos de prestación de servicios de otra profesión o actividad.

Por las anteriores razones aclaro mi voto.

Fecha ut supra,

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Consejero de Estado