**PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS - Relación laboral - Finalidad - Protección**

Como sustento de lo anterior, el artículo 53 consagró el principio de la «primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales», como aquella garantía de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado. (…) Se entiende que la finalidad de este articulado es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley. (…) el derecho constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 (…) Dicho Convenio en Colombia es fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política

**RELACIÓN LABORAL - Elementos**

Se encuentra que el Código Sustantivo de Trabajo en sus artículos 23 y 24 estableció los elementos para estructurar una relación laboral en los siguientes términos: i) La actividad personal del trabajador; ii) 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 iii) un salario como retribución del servicio, presupuestos que han servido de sustento a esta corporación para determinar la existencia de un vínculo laboral.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Marco normativo - Noción**

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 regula el contrato de prestación de servicios (…) Las expresiones «no puedan realizarse con personal de planta o» y «en ningún caso [...] generan relación laboral ni prestaciones sociales», de la norma antes citada fueron revisadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997, magistrado ponente Hernando Herrera Vergara. (…) Esta Corporación ha protegido el derecho al trabajo y ha tutelado los derechos de quienes han sido vinculados a través de contratos de prestación de servicios con el fin de desnaturalizar la relación laboral. Dentro de este contexto, se concluye que: i) a trabajo igual salario igual, ii) la relación laboral se estructura con los 3 elementos relacionados (prestación personal, subordinación o dependencia y remuneración); iii) es válido suscribir contratos de prestación de servicios porque así lo autoriza el artículo 32, numeral 3.º de la Ley 80 de 1993, norma que fue declarada exequible en la sentencia C-154 de 1997; y, iv) a pesar de lo expuesto, estos contratos deben celebrarse dentro del término estrictamente necesario, dada su naturaleza temporal, pues si la administración desborda tales presupuestos se estructura el denominado «contrato realidad».

**CONTRATO REALIDAD - Configuración - Contrato de prestación de servicios - Desnaturalización**

Para demostrar la desnaturalización del contrato de prestación de servicios, la parte demandante debe comprobar la actividad personal, la permanencia, la continua 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 la duración del contrato; y una retribución del servicio.

**SENTENCIA DE UNIFICACIÓN - Contrato realidad**

con ponencia del magistrado Carmelo Perdomo Cuéter señaló que 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». La citada sentencia además de reiterar la importancia del elemento «subordinación» para determinar la existencia del contrato realidad, unificó la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo relacionado a la forma como deben ser reconocidas las prestaciones sociales y salariales de aquellos empleados que demuestran una verdadera relación laboral. (…) De igual manera, estableció las reglas jurisprudenciales a tener en cuenta en materia del restablecimiento del derecho cuando deba aplicarse la figura de la prescripción.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUB SECCIÓN A**

**Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

Bogotá, siete (7) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

**Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00803-01(2990-17)**

**Actor: MARIA GLADYS SILVA**

**Demandado: MUNICIPIO DE EL PLAYÓN**

**Apelación sentencia. Contrato prestación de servicios**

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que accedió parcialmente a las súplicas de la acción instaurada contra el Municipio de El Playón.

1. **Antecedentes**
   1. **La demanda**
      1. **Pretensiones**

En ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, Maria Gladys Silva por intermedio de apoderado solicitó la nulidad del acto administrativo sin fecha por medio del cual la entidad demandada procede a dar respuesta a la petición radicada el 23 de mayo de 2014, mediante el cual se negó el reconocimiento de una relación legal y reglamentaria y el pago de las prestaciones sociales derivadas de ella.

De igual manera, deprecó la nulidad de la Resolución 0618 de 2014 por medio del cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene al Municipio de El Playón al reconocimiento y pago de las cesantías, intereses a la cesantía, prima de servicios, vacaciones, prima de navidad, diferencias salariales, y los aportes pensionales, a efectos de que sean computadas las respectivas cotizaciones; y, que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011.

**1.1.2. Hechos**

Los hechos que fundamentaron las pretensiones son, en síntesis, los siguientes:

La señora Maria Gladys Silva laboró en el Municipio del Playón como maestra de escuela rural en diferentes veredas, dentro del periodo comprendido entre 1989 a 1996, a través de múltiples órdenes de prestación de servicios.

El 23 de mayo de 2014 solicitó a la entidad demandada el reconocimiento de una relación laboral y reglamentaria, argumentando que se configuraron los elementos de un contrato de trabajo, tales como el pago de salario, la subordinación y la prestación personal del servicio, solicitud que fue despachada de manera desfavorable.

**1.1.3. Normas violadas y concepto de la violación**

Como normas vulneradas citó los artículos 2, 4 y 53 de la Constitución Política; y, las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y 100 de 1993.

En el concepto de la violación expuso que el material probatorio aportado al plenario permite establecer que existió un verdadero vínculo laboral con ocasión a los servicios prestados de manera ininterrumpida como maestra rural, pues acreditó los elementos que configuran un contrato de trabajo.

**1.2. Contestación de la demanda**

El apoderado del Municipio del Playón, se opuso a las pretensiones de la demanda y expuso como argumentos de defensa los siguientes[[1]](#footnote-1):

Consideró que la actora no tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que reclama, ya que del contrato de prestación de servicios suscrito con la institución no se derivan los elementos esenciales del contrato de trabajo.

En efecto, adujo que las órdenes de prestación de servicios suscritas entre la parte actora y el municipio se efectuaron en virtud de lo dispuesto en el numeral 3.° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y en armonía con la jurisprudencia de la Corte Constitucional que estableció que la función pública puede ser ejercida a través de contratos de prestación de servicios.

Insistió en que de las distintas formas de vinculación con la administración pública, a saber, estatutaria, contractual y auxiliares de la administración, la situación de la demandante no se encuadra en ninguna de ellas, pues lo que se suscribió fueron contratos de prestación de servicios, los cuales son permitidos por la ley,

Propuso como excepción la de caducidad de la acción.

## 1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Santander mediante sentencia del 15 de diciembre de 2016, dispuso lo siguiente: (ff. 252-282)

PRIMERO: DECLARAR PROBADA de oficio la excepción de prescripción, conforme a lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: DECLARESE la nulidad parcial del acto administrativo sin fecha por medio de la cual se le da respuesta a la reclamación administrativa de fecha 23 de mayo de 2014, por medio del cual se negó la existencia de una relación laboral entre la señora Maria Gladys Silva y el Municipio del Playón y de la Resolución 618 de 2014 por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho ORDENASE al Municipio del Playón reconocer y pagar a favor de la demandante el porcentaje de cotización correspondiente a pensión que demuestre haber realizado y que debió trasladar la demandada en su condición de empleador a los respectivos fondos durante el periodo de prestación de servicios reconocido en esta sentencia, es decir desde el 13 de febrero de 1989 al julio de 1996, sumas que deberán ser debidamente reajustadas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

[…]

Señaló que el material probatorio aportado al plenario permite inferir que la demandante prestó sus servicios profesionales como docente, con todas las funciones que ello implica, dentro del periodo comprendido entre febrero de 1989 y julio de 1996.

Lo anterior, en razón a que los contratos de prestación de servicios, y las declaraciones de las señoras Bety Mendoza y Lucila Martínez, determinaron que las labores desempeñadas por la actora atendieron a lo dispuesto al currículo establecido por el Ministerio de Educación Nacional, por un periodo ininterrumpido entre febrero de 1989 y julio de 1996; desarrolló sus funciones en iguales términos y horario que los docentes de planta; estuvo sujeta a las directrices y control de la directora del núcleo educativo, funcionario que realizaba el cronograma de actividades que se desarrollaron durante el año y ante quien se debían solicitar los permisos para ausentarse de sus labores; y, percibía una remuneración mensual.

Declaró probada la excepción de prescripción, luego de considerar que presentó la solicitud de reconocimiento con posterioridad a los tres años que establece el Decreto 1848 de 1969 y la jurisprudencia del Consejo de Estado como máximo término para solicitar el reconocimiento de la relación laboral y las prestaciones sociales derivadas de ella.

**1.4. El recurso de apelación**

El apoderado especial del Municipio de El Playón, presentó recurso de apelación con el fin de que se declare probada la excepción de inexistencia de la obligación, con base en los siguientes argumentos:

El A quo desconoció que las manifestaciones de voluntad de la administración se materializan a través de actos administrativos los cuales por su naturaleza están investidos de legalidad; sin embargo, da por ciertas las manifestaciones hechas por la demandante sin verificar los documentos que acrediten una verdadera subordinación laboral.

No apreció la descripción del empleo dentro del cual se establece la equivalencia, pues se limitó a señalar que la permanencia en disponibilidad es una función propia de los docentes y en virtud de ello, la demandante desborda el contenido del contrato de prestación de servicios.

En consecuencia, la realidad probatoria que reposa en el plenario indica claramente que la relación sostenida entre el Municipio de El Playón y la actora es de carácter contractual regulada por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, según el cual las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios especializados que no desarrollen propiamente la función pública encomendada a la entidad y que no sea prestado por ningún empleado de la planta de personal.

**1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia**

Las partes guardaron silencio en esta etapa procesal

**1.6. Concepto del Ministerio Público**

El Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado emitió concepto en el que solicitó acceder a las pretensiones de la demanda.

Señaló que el material probatorio aportado al plenario demostró los elementos propios del contrato laboral, toda vez que las órdenes de pago, las certificaciones expedidas por la junta de acción comunal, los contratos de prestación de servicios, y las declaraciones que obran a folios 30 a 38, permiten determinar que la actora estuvo vinculada como docente al servicio del Municipio de El Playón dentro del periodo comprendido entre 1989 y 1996, bajo órdenes de la Alcaldía Municipal sobre el desarrollo de su tarea, de manera mensual y explicando de manera detallada los avances en los programas y la evaluación académica de sus educandos.

Que en ese orden, no se trató de labores ocasionales o temporales para los cuales la Ley 80 de 1993 previó la figura del contrato de prestación de servicios; por el contrario, la actora laboró para el municipio por más de 7 años, situación adicional que permite determinar que existió una verdadera relación laboral.

Por último, manifestó que procede la prescripción de los derechos laborales como quiera que desde la finalización del vínculo y la solicitud de reconocimiento de las prestaciones sociales, transcurrieron más de 3 años.

**2. Consideraciones**

**2.2. El problema jurídico**

De conformidad con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el presente asunto se trata de establecer si entre la señora María Gladys Silva y el Municipio de El Playón existió una verdadera relación laboral que tenga como consecuencia el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que no devengó durante el tiempo en que permaneció vinculado contractualmente con la entidad.

**2.2.1. Marco normativo y jurisprudencial**

La Constitución Política, en su preámbulo, asegura a sus integrantes «la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que asegure un orden político, económico y social justo».

La anterior premisa fue desarrollada en sus artículos 13 y 25 ibidem, según los cuales:

i) Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y «recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica»; y, ii) se garantiza el derecho al trabajo[[2]](#footnote-2) en condiciones dignas y justas, el cual surge como uno de los valores y propósitos del Estado al ser consagrado en el Preámbulo de la Constitución con particular importancia.

Como sustento de lo anterior, el artículo 53 consagró el principio de la «primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales», como aquella garantía de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado. El tenor literal de la disposición en comento, señala lo siguiente:

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. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

De lo anterior, se entiende que la finalidad de este articulado es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley.

Desde tiempo atrás, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.)[[3]](#footnote-3), expresamente consagró en su Preámbulo el «reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor» premisa que se fundamentó en el artículo 2 del Convenio 111 de la OIT[[4]](#footnote-4) al señalar que: «todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva los métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.

De acuerdo a lo expuesto, el derecho constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 (aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969), relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dicho Convenio en Colombia es fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: «los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna», cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Constitución Política.

En armonía con lo anterior, se tiene que el artículo 122 ibidem consagra que «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», disposición que presenta una regla de prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas para desempeñar funciones propias o permanentes de las entidades de la administración pública.

En desarrollo del marco constitucional previamente expuesto, se tiene que el ejecutivo nacional profirió el Decreto 2400 de 1968 «Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil», disposición que fue modificada por el artículo 1.º del Decreto Ley 3074 de 1968, en los siguientes términos:

ARTICULO 1o. Modificase y adicionase el Decreto número 2400 de 1968, en los siguientes términos:

El artículo [2](http://www.dafp.gov.co/leyes/D2400_68.HTM#2)o. quedará así:

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** (Negrita no es del texto)

La parte destacada de la citada disposición normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-614 de 2009, en los siguientes términos:

La disposición normativa impugnada dispone que, para el ejercicio de funciones de carácter permanente en la administración pública, no pueden celebrarse contratos de prestación de servicios porque para ese efecto deben crearse los empleos requeridos. Cabe advertir que esa regla jurídica se encuentra reiterada en el artículo 17 de la Ley 790 de 2002, según el cual «En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos».

Sin duda, esa prohibición legal constituye una medida de protección a la relación laboral, pues no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal. En efecto, la norma impugnada conserva como regla general de acceso a la función pública el empleo, pues simplemente reitera que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional y se justifica constitucionalmente si es 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 requieran conocimientos especializados.

De esta forma, el texto normativo impugnado constituye un claro desarrollo de las normas constitucionales que protegen los derechos laborales de los servidores públicos porque: i) impone la relación laboral, y sus plenas garantías, para el ejercicio de las funciones permanentes en la administración, ii) consagra al empleo público como la forma general y natural de ejercer funciones públicas y, iii) prohíbe la desviación de poder en la contratación pública.

De igual manera, la norma acusada despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el 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. Así mismo, la creación de empleos en la planta de personal de la administración exige convocar, en igualdad de condiciones, a todos los aspirantes y, de todos ellos, escoger con moralidad y transparencia, al servidor con mayores calidades y méritos.

[…]

En conclusión, como la Corte encuentra ajustado a la Constitución que el legislador haya prohibido a la administración pública celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, porque para ello se requiere crear los empleos correspondientes, debe declararse la exequibilidad de la disposición normativa impugnada.

A su turno, se encuentra que el Código Sustantivo de Trabajo en sus artículos 23 y 24 estableció los elementos para estructurar una relación laboral en los siguientes términos:

i) La actividad personal del trabajador; ii) 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 iii) un salario como retribución del servicio, presupuestos que han servido de sustento a esta corporación para determinar la existencia de un vínculo laboral.

En efecto, esta Sección en la sentencia del 4 de febrero de 2016, expediente 0316-14, consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve desarrolló los elementos de la relación laboral así: (i) la subordinacióno 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*.*

**2.2.1.1. Marco normativo del contrato de prestación de servicios**

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 regula el contrato de prestación de serviciosen los siguientes términos:

**ARTÍCULO 32. De los contratos estatales.** Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

[...]

3. Contrato de Prestación de Servicios. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales **y se celebrarán por el término estrictamente indispensable**[[5]](#footnote-5).

Las expresiones «no puedan realizarse con personal de planta o» y «en ningún caso [...] generan relación laboral ni prestaciones sociales», de la norma antes citada fueron revisadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997, magistrado ponente Hernando Herrera Vergara, en donde, entre otras disquisiciones, precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, de la siguiente forma:

**3. Características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo.**

El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

**a.** La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual *“...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”*.

**b.** La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

**c.** La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último,teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

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

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

De conformidad con las nítidas voces de las normas previamente señaladas, esta Corporación ha protegido el derecho al trabajo y ha tutelado los derechos de quienes han sido vinculados a través de contratos de prestación de servicios con el fin de desnaturalizar la relación laboral. Dentro de este contexto, se concluye que: i) a trabajo igual salario igual, ii) la relación laboral se estructura con los 3 elementos relacionados (prestación personal, subordinación o dependencia y remuneración); iii) es válido suscribir contratos de prestación de servicios porque así lo autoriza el artículo 32, numeral 3.º de la Ley 80 de 1993, norma que fue declarada exequible en la sentencia C-154 de 1997; y, iv) a pesar de lo expuesto, estos contratos deben celebrarse dentro del término estrictamente necesario, dada su naturaleza temporal, pues si la administración desborda tales presupuestos se estructura el denominado «contrato realidad».

Adicional a lo anterior, también se puede concluir 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 y/o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta. En ambos casos no se admiten los elementos de subordinación ni de dependencia por parte del contratista, y se deben celebrar por el término estrictamente indispensable.

Así las cosas, para demostrar la desnaturalización del contrato de prestación de servicios, la parte demandante debe comprobar la actividad personal, la permanencia, la continua 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 la duración del contrato; y una retribución del servicio.

**2.2.1.2. Sentencia de Unificación SU2 No.005/16**

Esta corporación en la sentencia del 25 de agosto de 2016, expediente 0088-16- SUJ2 No.005/16 con ponencia del magistrado Carmelo Perdomo Cuéter señaló que 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».

La citada sentencia además de reiterar la importancia del elemento «subordinación» para determinar la existencia del contrato realidad, unificó la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo relacionado a la forma como deben ser reconocidas las prestaciones sociales y salariales de aquellos empleados que demuestran una verdadera relación laboral. Para ello, discernió de la siguiente forma:

[...] 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, 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[[6]](#footnote-6).

De igual manera, estableció las reglas jurisprudenciales a tener en cuenta en materia del restablecimiento del derecho cuando deba aplicarse la figura de la prescripción. Al respecto, señaló lo siguiente[[7]](#footnote-7):

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.

viii) 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.

xi) El ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el contratista corresponderá a los honorarios pactados.

Las anteriores reglas jurisprudenciales fueron fijadas con la finalidad de acoger el criterio más favorable a los peticionarios que acuden ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en aras 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.

**2.3. Caso concreto**

De conformidad con las consideraciones que anteceden, se desarrollará el caso concreto en los siguientes términos:

**2.3.1.** Prestación personal del servicio y funciones desempeñadas**:** Dentro del expediente se encuentra probado los siguientes contratos y órdenes de prestación de servicios

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Contrato u orden** | **Fecha de iniciación** | **Fecha de finalización** | **Valor** |
| Contrato 017 de 13 de febrero de 1989 (ff.47-48) | 13 de febrero de 1989 | 17 de noviembre de 1989 | $280.000  Mensualidades de $28.000 |
| Contrato 026 de 12 de febrero de 1990 (ff. 49-50) | 12 de febrero de 1990 | 17 de noviembre de 1990 | $350.000 |
| Orden de pago  Municipio de El Playón de 1 de septiembre de 1992(f.32) | 1 de junio de 1992 | 30 de junio de 1992 | $52.000 |
| Orden de pago  Municipio de El Playón de 1 de septiembre de 1992(f.45) | 1 de julio de 1992 | 30 de julio de 1992 | $52.000 |
| Orden de pago  Municipio de El Playón de 21 de octubre de 1992 (f.30) | 1 de agosto de 1992 | 30 de septiembre de 1992 | $104.000 |
| Orden de pago  Municipio de El Playón de 20 de diciembre de 1992(f.31) | 1 de octubre de 1992 | 30 de noviembre de 1992 | $104.000 |

-En los contratos de prestación de servicios que suscribió la actora se señalaron como compromisos los siguientes:

PRIMERA: La señora se obliga para con la Alcaldía Municipal a dictar 1.200 horas de clase como profesora de esta localidad en la vereda la ESMERALDA.SEGUNDA: Se compromete a desarrollar la labor señalada en la cláusula primera del presente contrato en un término máximo de diez meses contados a partir del 13 de febrero de 1989 hasta el día 17 de noviembre de 1989.[…] CUARTA: Se obliga a poner al servicio de los educandos y de la comunidad en general todos sus conocimientos en desarrollo de su labor para el buen éxito de su labor docente.

-El 10 de agosto de 1992 la Junta de Acción Comunal de la Vereda Laguna de la Esmeralda hizo constar que la señora Maria Gladys Silva laboró en la institución como profesora durante el mes de julio y por tal razón se autorizó el salario correspondiente (f.37)

-El 8 de octubre de 2014 la directora del núcleo educativo del Municipio de El Playón certificó lo siguiente, (f.70)

MARIA GLADYS SILVA identificada con cédula de ciudadanía numero 28.168.612 expedida en Guadalupe (Santander) inició labores como DOCENTE en el año 1989 en el Municipio del El Playón Santander y ha prestado sus servicios consecutivamente hasta la fecha.

Actualmente labora como docente en la SEDE L-ESCUELA RURAL MATA DE CAÑA II del COLEGIO SAN FRANCISCO DE ASIS de este municipio.

De lo anterior, se encuentra claramente acreditado que i) la demandante prestó sus servicios al municipio de El Playón (Santander) dentro de los periodos comprendidos entre el 13 de febrero y el 17 de noviembre de 1989; del 12 de febrero y el 17 de noviembre de 1990; del 1 al 30 de junio de 1992; del 1.º al 30 de julio de 1992; del 14 de agosto al 30 de septiembre de 1992; y, del 1.º de octubre al 30 de noviembre de 1992; ii) que en dicho periodo sus labores se prestaron en forma personal de acuerdo a las necesidades del servicio requeridas por las diferentes Escuelas Rurales a quienes prestó el servicio; y iii) las labores asignadas no eran distintas a las desempeñadas al personal de planta del municipio, como quiera que les correspondía la labor educacional en las diferentes áreas asignadas por la directora de núcleo y el alcalde municipal.

**2.3.2.** Subordinación o dependencia: Del contenido de los contratos aportados y de las declaraciones rendidas en la audiencia de pruebas[[8]](#footnote-8), se tiene que la actora i) se encontraba obligada a «presentar un informe a la Alcaldía Municipal sobre el desarrollo de su tarea mensualmente indicando en él el avance a de los programas y evaluación académica de sus educandos» y el empleador se comprometía a «suministrar a la señora Maria Gladys Silva todos los materiales e implementos necesarios para el cumplimiento de su labor educativa»; ii) cumplía un horario de trabajo de 7:00am a 12:30M[[9]](#footnote-9) o según directrices de la directora de núcleo también podría ser desempeñado en la jornada de la tarde; ii) siempre se encontraba bajo la supervisión de la citada directora de núcleo o del alcalde municipal[[10]](#footnote-10); y, iii) debía dejar constancia de todo lo acontecido de manera mensual ante los citados funcionarios.

En efecto, de las declaraciones de las señora Betty Mendoza y Lucila Martínez Ortiz, docentes contratistas que desempeñaron labores en el municipio, se pudo establecer que la actora cumplió un horario de trabajo[[11]](#footnote-11) impuesto por el alcalde y la directora del respectivo núcleo educativo, frente a cualquier calamidad doméstica, permiso personal, o incapacidad se debía reportar y ejercían iguales funciones a las que realizaban los maestros en propiedad, a tal punto que la demandante fue vinculada, por necesidades del servicio, en propiedad mediante Decreto 001 de enero 5 de 1997.

De conformidad con el material probatorio previamente señalado, se colige sin lugar a dudas que la demandante recibía órdenes por parte de la Alcaldía de forma constante para el desarrollo de sus servicios; debía cumplir un horario de trabajo asignado; y no podía ejercer su labor docente de forma autónoma e independiente porque se debía circunscribir a las instrucciones impartidas por sus superiores.

Esta situación permite desvirtuar las características del contrato de prestación de servicios porque la actora en su condición de docente cumplía funciones que no eran temporales; y tampoco contaba con autonomía e independencia porque, como ya se vio, estaba sometido a horarios y turnos de trabajo debido a la naturaleza de sus funciones, es decir era dependiente y sometida a la subordinación, elementos propios de la relación laboral, no de un contrato de prestación de servicios.

**2.3.3.** De la contraprestación: De las órdenes de pago y de los contratos de prestaciones de servicios que obran a folios 30-31, 32, 45 a 47 y 49 a 50, se encuentra debidamente acreditado el pago a favor de la demandante de los honorarios pactados en los periodos comprendidos allí comprendidos.

En vista de que se desvirtuó la autonomía e independencia en la prestación del servicio del demandante, al igual que la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios y probados los elementos de la relación laboral, se concluye que el Municipio de El Playón vinculó a la actora bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios para encubrir la naturaleza real de la labor que éste desempeñó.

Lo anterior genera la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades regulado en el artículo 53 de la Constitución Política, porque la demandante desarrolló la función docente en idénticas condiciones que los demás empleados públicos que desempeñaban el cargo de «profesor».

Bajo estos supuestos, queda demostrado para el presente caso, la existencia de los elementos de la relación laboral, a saber, la prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación.

**2.4. Del restablecimiento del derecho**

Sobre el particular, se tiene que el tribunal declaró probada la excepción de prescripción al verificar que la demandante presentó la reclamación el 30 de mayo de 2014, es decir, 17 años después «de haber cesado la prestación del servicio para el municipio del El playón, originada en los contrato que en este proceso se relacionan y por ende, después de vencido el término de 3 años contemplado en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969»[[12]](#footnote-12)

La anterior prescripción deberá ser confirmada parcialmente, en tanto que el material probatorio aportado al plenario solo logró determinar que el último vínculo contractual se presentó el 30 de noviembre de 1992 y no en julio de 1996 como lo señaló el tribunal.

Así entonces, se tiene que entre el 30 de mayo de 2014 fecha en que presentó la reclamación en vía gubernativa y la finalización del vínculo contractual -30 de noviembre de 1992-, transcurrieron más de 3 años, decisión que es acorde a lo dispuesto con la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, expediente 0088-15, CESUJ2 consejero Ponente Carmelo Perdomo Cueter, que sostuvo lo siguiente:

[…] 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».

Dicho lo anterior, se encuentra probado que entre la orden de pago de 20 de diciembre de 1992 (f.31) y la reclamación administrativa de 30 de mayo de 2014 (ff.2-11), transcurrieron más de los tres años señalados como el término de prescripción extintiva, lo que permite determinar que no procede el reconocimiento de los emolumentos prestacionales derivados de los aludidos contratos y por ende, debe confirmarse, en estos términos, la excepción de prescripción.

Pese a lo expuesto, la sala precisa que tal figura no se aplica respecto de los aportes pensionales, puesto que sobre ese aspecto la sentencia de unificación discernió de la siguiente manera:

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.

[…]

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), 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.

De conformidad con lo anterior, si bien se declarará la prescripción extintiva frente a los emolumentos percibidos por la actora entre el 13 de febrero y el 17 de noviembre de 1989; del 12 de febrero y el 17 de noviembre de 1990; del 1 al 30 de junio de 1992; del 1 al 30 de julio de 1992; del 14 de agosto al 30 de septiembre de 1992; y, del 1º de octubre al 30 de noviembre de 1992, por esos periodos no operará frente a las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social.

Ahora bien, la sala considera pertinente señalar que la sentencia SUJ2 respecto de los porcentajes de cotización pensional señaló:

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. [[13]](#footnote-13)

De acuerdo a lo expuesto, y para mayor claridad respecto del restablecimiento del derecho, en la parte resolutiva de esta providencia se precisará respecto al tema de los porcentajes de cotización pensional lo siguiente:

i) la entidad demandada determinará si se presenta alguna diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizará al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, y ii) la parte actora acreditará 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.

En conclusión se confirmará la sentencia recurrida que accedió a las pretensiones de la demanda, excepto los numerales primero y tercero que serán modificados en los siguientes términos:

Numeral primero: DECLARESE probada la EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN relacionada con el pago de las prestaciones solicitadas dentro de los periodos comprendidos entre el 13 de febrero y el 17 de noviembre de 1989; del 12 de febrero y el 17 de noviembre de 1990; del 1 al 30 de junio de 1992; del 1 al 30 de julio de 1992; del 14 de agosto al 30 de septiembre de 1992; y, del 1º de octubre al 30 de noviembre de 1992, salvo en lo que tiene que ver con los aportes a pensión.

Numeral tercero: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho ORDENÁSE al MUNICIPIO DE EL PLAYÓN reconocer, tomar el ingreso base de cotización pensional de la parte actora a efectos de determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por la 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, la 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 trabajadora.

**2.4. De la condena en costas**

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016[[14]](#footnote-14), respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la regulación de la condena en costas, de un criterio “subjetivo” a uno “objetivo valorativo”.

*Objetivo*, en cuanto prescribe que en toda sentencia se «dispondrá» sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del CGP; y *valorativo*, en cuanto se requiere que el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Así mismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura), la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas; que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Conforme a las anteriores reglas, al no encontrarse probado en sede de segunda instancia, actividad judicial de la parte demandante o erogaciones relacionadas con el pago de gastos ordinarios del proceso, no habrá lugar a condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**F A L L A:**

**1. CONFÍRMASE** la sentencia proferida el quince (15) de diciembre de dos mil seis (2016) proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, dentro del proceso promovido por MARIA GLADYS SILVA contra el Municipio de El Playón, EXCEPTO, los numerales PRIMERO Y TERCERO que se modificarán en los siguientes términos:

**PRIMERO:** DECLARESE probada la EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN relacionada con el pago de las prestaciones solicitadas dentro de los periodos comprendidos entre el 13 de febrero y el 17 de noviembre de 1989; del 12 de febrero y el 17 de noviembre de 1990; del 1 al 30 de junio de 1992; del 1 al 30 de julio de 1992; del 14 de agosto al 30 de septiembre de 1992; y, del 1º de octubre al 30 de noviembre de 1992, salvo en lo que tiene que ver con los aportes a pensión.

**TERCERO:** ORDENÁSE al MUNICIPIO DE EL PLAYÓN tomar el ingreso base de cotización pensional de la parte actora a efectos de determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por la 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, la 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 trabajadora.

**2**. Sin condena en costas.

**3.** Se acepta la renuncia presentada por el apoderado de la parte demandada que obra a folio 319.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

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

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

**RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS**

1. Folios 124-131 [↑](#footnote-ref-1)
2. Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.  [↑](#footnote-ref-2)
3. Aprobada en 1919 [↑](#footnote-ref-3)
4. Aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 [↑](#footnote-ref-4)
5. Los apartes subrayados fueron declarados condicionalmente exequibles por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-154 de 1997, Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-5)
6. 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;

   (…)”: [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 34-35 [↑](#footnote-ref-7)
8. Cd folio 161 [↑](#footnote-ref-8)
9. Según la declaración de la señora Betty Mendoza Mendoza, quien también se desempeñó como docente contratista, en el periodo en que la actora ocupo el cargo de maestra. [↑](#footnote-ref-9)
10. Según la declaración de la señora Lucila Martinez Ortiz, docente contratista del municipio y que hizo constar que de manera mensual se debían reunir con el alcalde y la directora de núcleo para verificar los avances educativos. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 46 [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 257 vto [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio 36 sentencia SUJ2 [↑](#footnote-ref-13)
14. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez. [↑](#footnote-ref-14)