**CONTRATO REALIDAD – Configuración de la prescripción**

Previo a analizar el problema respecto de la prescripción, debe indicarse que, respecto a los efectos del cambio de precedente jurisprudencial en el tiempo, situación que es discutida por el recurrente en tanto que, según su criterio, el juez estaba compelido a aplicar la posición que el Consejo de Estado tenía, respecto al fenómeno de la prescripción, al momento de interponer la demanda, en tanto que dicho cambio afectó sus derechos fundamentales y sus derechos adquiridos, debe recordarse que el cambio del precedente es un ejercicio legítimo de la actividad judicial. (…) La Corte Constitucional en sentencia SU-406 de 2016 sostuvo respecto a la aplicación del precedente judicial (…) según pregona la Corte Constitucional, no obsta para que el juez se aparte del precedente fijado cuando encuentre que la situación objeto de decisión afecte los derechos fundamentales de quien, amparado en una posición jurisprudencial previa, haya llevado a estados judiciales su causa para que con base en ella se resuelva esta, lo que obliga al operador jurídico que, en caso de advertir la vulneración de las garantías de las partes, decida alejarse del precedente fijado con razonamientos suficientemente sólidos para resolver lo pertinente. En ese orden de ideas, considera la Subsección que la decisión adoptada por el a quo se sustentó en un fallo de su superior jerárquico, en este caso del Consejo de Estado, en donde, llevado por su interpretación de lo que consideró precedente vertical, concluyó que en casos de contrato realidad se debía declarar la prescripción extintiva de los derechos de la persona cuando esta no hubiera reclamado la existencia de la relación laboral dentro de los tres años siguientes a la finalización de su vínculo contractual. (…) para la Corporación, no hubo vulneración de derechos fundamentales ni de garantías constitucionales al momento del fallo de primera instancia (…) respecto al momento en que debe estudiarse la prescripción sostuvo que, su estudio «será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral». Dicha disposición encuentra sustento en el hecho relacionado con los derechos pensionales de la persona, particularmente lo relativo a los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, que por su naturaleza es una prestación imprescriptible. (…) conforme con la sentencia de unificación, la prescripción no puede aplicarse a los aportes que por pensión se debían realizar por parte del empleador, que en este caso es el Estado. Regla jurisprudencial que tiene su fundamento en: i) la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales; ii) el principio in dubio pro operario; iii) el derecho constitucional fundamental a la igualdad y; iv) el principio de no regresividad en armonía con el mandato de progresividad

**VINCULACIÓN AL SERVICIO PÚBLICO – Clases – Ordenamiento jurídico**

El ordenamiento jurídico colombiano regula tres clases de vinculación al servicio público, con sus características o elementos que las tipifican y su régimen jurídico propio. Estas son: i) la vinculación legal y reglamentaria ; ii) la laboral contractual ; y iii) la contractual o de prestación de servicios

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Características – Normatividad**

La vinculación por contratos de prestación de servicios se rige por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Dicha forma contractual, de acuerdo con la norma que la regula, tiene como propósito el de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, o para desarrollar labores especializadas que no pueden ser asumidas por el personal de planta de estas. Por su parte, como características principales del contrato de prestación de servicios esta la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual, y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes. De acuerdo con lo anterior, debe advertirse que la vinculación por contrato de prestación de servicios es de carácter excepcional, a través de la cual no pueden desempeñarse funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren previstas en la ley o el reglamento para un empleo público

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Desnaturalización – Elementos de la relación laboral**

Con el fin de evitar el abuso de dicha figura y como medida de protección de la relación laboral, en tanto que, a través de la misma, se pueden ocultar verdaderas relaciones laborales y la desnaturalización del contrato estatal. Ahora bien, el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: i) la prestación de servicio es personal; ii) subordinada; y iii) remunerada. En dicho caso, el derecho al pago de las prestaciones sociales surge a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, lo que se ha denominado como contrato realidad. (…) la figura del contrato realidad, sostiene la jurisprudencia, se aplica cuando se constata 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 continuada propia de las relaciones laborales. De acuerdo con lo anterior, precisa esta Subsección que quien pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral escondida bajo la modalidad de contratación por prestación de servicios, tiene el deber de demostrar, a través de los medios probatorios a su disposición, la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo. (…) para la Subsección se encuentran acreditados los tres elementos de la relación laboral mientras el demandante se desempeñó como «celador – vigilante» en la institución educativa Aquilino Bedoya del municipio de Pereira, razón por la cual, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, debe reconocerse la existencia de un contrato realidad

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Prescripción de los derechos prestacionales**

En materia de derechos laborales de los empleados públicos, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969 (reglamentario del primero), regulan que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dichas normas prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible (…) al reconocimiento de la existencia de la relación laboral encubierta a través de un contrato de prestación de servicios, esta Sección, en la mencionada sentencia de unificación jurisprudencial (…) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado (…) deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual. (…) 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. 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. (…) 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 (…) 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

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

Bogotá D.C., nueve (9) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

**Radicación número: 66001-23-33-000-2014-00066-01(0762-15)**

**Actor: GILBERTO CARDONA GÓMEZ**

**Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA**

**Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho**

**Ley 1437 de 2011**

**Sentencia O-136-2018**

**ASUNTO**

La Subsección decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 28 de octubre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda que declaró de oficio la excepción de prescripción extintiva del derecho y, en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda.

**LA DEMANDA**[[1]](#footnote-1)

El señor Gilberto Cardona Gómez, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, demandó al Municipio de Pereira.

**Pretensiones**[[2]](#footnote-2):

1. Declarar la existencia de la relación laboral entre el señor Gilberto Cardona Gómez y el municipio de Pereira entre el 16 de septiembre de 2002 y el 30 de abril de 2007.
2. Declarar la nulidad del acto administrativo 31491 del 24 de octubre de 2013, por medio de la cual el municipio de Pereira negó el reconocimiento de la relación de carácter laboral entre el 16 de septiembre de 2002 y el 30 de abril de 2007.

A título de restablecimiento del derecho solicitó lo siguiente:

1. Condenar al municipio de Pereira a liquidar y pagar la totalidad de las prestaciones sociales de ley al señor Salomón Medina Puerta, tales como prima de servicios, prima de navidad y vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, dotación, bonificación por recreación, horas extras, dominicales, festivos, recargos y demás prestaciones, conforme a lo devengado por un empleado de planta con idénticas o similares funciones, durante el periodo que prestó el servicio, liquidadas conforme al valor pactado en el último contrato de prestación de servicios suscrito y ejecutado, indexados al momento en que se realice el pago.
2. Condenar al municipio de Pereira a pagar al señor Gilberto Cardona Gómez, a título de reparación integral del daño, los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud, que se debieron trasladar a los fondos respectivos durante el periodo acreditado en los contratos, sumas que deberán ser indexadas conforme a la ley.

1. Declarar que el tiempo laborado bajo la modalidad de órdenes de prestación de servicios sean computados para efectos pensionales.
2. Condenar al municipio de Pereira a pagar al señor Gilberto Cardona Gómez, a título de reparación integral del daño, las cotizaciones de caja de compensación durante el tiempo acreditado en los contratos de prestación de servicios suscritos y ejecutados por el demandante.
3. Condenar al municipio de Pereira a liquidar en favor del señor Salomón Medina Puerta las sumas dinerarias y ajustarlas en los términos del artículo «178 del CCA»
4. Que se condene a la demandada a pagar las costas ocasionadas con el proceso.

**Fundamentos fácticos relevantes[[3]](#footnote-3)**

1. El señor Gilberto Cardona Gómez laboró como conserje – celador en instituciones educativas de Pereira, desde el 16 de setiembre de 2002 hasta el 30 de abril de 2007.
2. El municipio de Pereira, a través de su secretaria de educación, tiene en su planta de personal, empleados que cumplían funciones similares a las que desempeñaba el señor Gilberto Cardona Gómez.
3. El último salario devengado por el demandante para el año 2007 fue de $766.500.
4. Al demandante nunca se le reconocieron las prestaciones sociales a las cuales tenía derecho. Tampoco se le reconocieron ni cancelaron los aportes a seguridad social en salud y pensión, riesgos profesionales, ni fue beneficiario de ninguna caja de compensación familiar.
5. El 26 de septiembre de 2013 presentó la reclamación ante la administración municipal para el reconocimiento de los derechos y prestaciones sociales. Para el efecto, obtuvo respuesta negativa mediante el acto 31491 del 24 de octubre de 2013.

**DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL[[4]](#footnote-4)**

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.[[5]](#footnote-5)

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

**Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)**

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo[[6]](#footnote-6).

A folio 105 vuelto obra prueba de que en la etapa de excepciones previas se indicó lo siguiente:

«[…] No ha sido propuesta por la parte demandada ninguna de las enlistadas en el numeral 6º del artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ni en el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, normatividad aplicable por expresa remisión del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así como tampoco el suscrito encuentra probada alguna de oficio. […]»

La decisión fue notificada en estrados y las partes no interpusieron recursos.

**Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)**

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo», porque es guía y ajuste de esta última.[[7]](#footnote-7)

A folios 105 vuelto y 106, el Tribunal fijó el litigio así:

«[…] En este estado de la diligencia el suscrito magistrado de acuerdo con la demanda y su contestación, así como lo acabado de precisar por las partes, determina que el objeto del litigio se circunscribe a determinar la legalidad del acto administrativo demandado, bajo los precisos términos del concepto de la violación presentado por la apoderada judicial del accionante en cotejo de las normas que se dicen violadas, debiéndose analizar el siguiente problema jurídico:

Si entre el municipio de Pereira y el señor Gilberto Cardona Gómez existió una relación laboral, que lo hace acreedor al pago de prestaciones sociales y emolumentos que constituyan factor salarial, de acuerdo con la labor desempeñada. […]»

Decisión notificada en estrados y aceptada por las partes.

**SENTENCIA APELADA[[8]](#footnote-8)**

El Tribunal Administrativo de Risaralda, en sentencia dictada por fuera de audiencia del 28 de octubre de 2014, en la que ordenó:

«[…] **1.** Se declara de oficio la prescripción extintiva del derecho y, por ello, se niegan las súplicas de la demanda, conforme a lo indicado en la parte motiva. […]»

La anterior decisión la profirió con fundamento en las siguientes consideraciones:

El tribunal consideró que, si bien no se había propuesto la excepción de prescripción por la parte demandada, con sustento en el artículo 187 del CPACA, este estaba facultado para decidir sobre aquella.

En ese sentido, indicó que la posición del Consejo de Estado sobre el tema era que debía aplicarse la prescripción a aquellas personas que presenten sus reclamaciones pasados tres años a la terminación laboral.

De acuerdo con lo anterior, consideró que, si bien solo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de la existencia de la relación laboral, también debía tenerse en cuenta que la solicitud de reconocimiento o declaración de su existencia debía realizarse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo laboral.

En virtud de ello, frente al caso concreto sostuvo que, como la última vinculación finalizó el 30 de abril de 2007, y la reclamación se realizó el 10 de octubre de 2013, ya había vencido el término para la exigibilidad del derecho. Además, como la demanda fue impetrada el 21 de febrero de 2014, por consiguiente, operó el fenómeno de la prescripción extintiva, puesto que la existencia de la relación laboral y los derechos derivados de la misma, se reclamaron por fuera del término, pasados más de seis años siguientes a su causación.

**RECURSO DE APELACIÓN[[9]](#footnote-9)**

La parte demandada manifestó su inconformidad con la sentencia de primera instancia, al considerar que en esta se afectaron gravemente las pretensiones del demandante por cuanto al momento de presentar la demanda, la posición jurisprudencial del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, cobijaba sus derechos bajo el criterio de que su exigibilidad partía de la sentencia.

En ese sentido, sostuvo que los pronunciamientos judiciales del Tribunal Administrativo de Risaralda se habían aferrado en los últimos años al criterio de que los derechos laborales se constituían a partir del fallo, y bajo esas consideraciones había concedido los derechos laborales de múltiples personas que laboraron para el municipio de Pereira, a través de diferentes fallos en el año 2014.

La inconformidad, según el apelante, no parte del cambio jurisprudencial del tribunal, sino por la aplicación en su caso del cambio de criterio jurídico, pese a que este se dio cuando el proceso judicial ya estaba en curso y próximo a ser fallado.

Sostuvo además que, en virtud del artículo 228 de la Constitución Política, las decisiones de los jueces deben estar entrelazadas con el Estado Social de Derecho, y ceñirse al respeto de la dignidad humana y la protección de los derechos fundamentales.

Así mismo, expuso que en su caso debe aplicarse el principio de seguridad jurídica, toda vez que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dejado claro que el derecho de los contratos de prestación de servicios se hace exigible a partir de la sentencia que declare la relación laboral.

En ese sentido, señaló que la posición de la jurisprudencia para el momento en que se inició el proceso judicial era favorable a los intereses del señor Gilberto Cardona Gómez, razón por la cual, con el cambio de posición se desmejoraron sus derechos laborales y se violaron sus principios constitucionales.

También hizo alusión al principio de igualdad, en el entendido de que, conforme con la aplicación del artículo 10 del CPACA y los pronunciamientos de este órgano colegiado, fueron innumerables las personas que reclamaron sus derechos con base en la línea jurisprudencial y, reiteró, que los principios enunciados, bajo la razonabilidad jurídica permiten inferir que el demandante debió ser acogido por los pronunciamientos del Consejo de Estado, no se podía tener en cuenta la prescripción por tratarse de derechos adquiridos e imprescriptibles.

En consecuencia, solicitó revocar en todas sus partes la sentencia de primera instancia y, en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda.

**ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**Parte demandante:** Guardó silencio en esta etapa según constancia secretarial obrante a folio 219 del expediente.

**Municipio de Pereira**[[10]](#footnote-10)**:** La entidad demandada consideró que al interior del proceso obra prueba suficiente para demostrar que no se configuró una relación laboral, en tanto que todos los contratos suscritos se ajustaron al régimen de la Ley 80 de 1993, así como cada relación contractual fue independiente, autónoma y originaria de obligaciones contractuales reciprocas propias.

De igual forma señaló que entre cada vinculación existieron interrupciones que iban desde uno hasta cuatro meses, circunstancia que demuestra que no hubo continuidad en la relación alegada.

Compartió además la posición del *a quo*, para lo cual hizo referencia a la providencia del 9 de abril de 2014 en la que esta Subsección sostuvo que la prescripción también operaba para la reclamación de derechos laborales, razón por la cual solicitó confirmar la sentencia proferida por el tribunal en primera instancia.

**Concepto del Ministerio Público:** Guardó silencio en esta etapa según se advierte de la constancia visible a folio 219.

**CONSIDERACIONES**

**Competencia**

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[[11]](#footnote-11), el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

**Problemas jurídicos**:

En ese orden, los problemas jurídicos que deben resolverse en esta instancia se circunscriben a los aspectos planteados en el recurso de apelación, los cuales se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿En el caso concreto, era procedente declarar la prescripción extintiva de los derechos laborales del señor Cardona Gómez, sin determinar previamente en la sentencia si entre el demandante y el municipio de Pereira existiera una relación laboral?

En caso de respuesta negativa al cuestionamiento anterior

1. ¿En el *sub examine* del señor Gilberto Cardona Gómez se comprobaron los elementos constitutivos para determinar la existencia de una relación laboral con el municipio de Pereira, pese a haber sido contratado por prestación de servicios?

En caso afirmativo,

1. ¿Hay lugar a declarar probada, oficiosamente, la excepción de prescripción extintiva del derecho, al haber trascurrido más de tres años entre la finalización de vínculo contractual y la reclamación administrativa?

**Primer problema jurídico**

¿En el caso concreto, era procedente declarar la prescripción extintiva de los derechos laborales del señor Cardona Gómez, sin determinar previamente en la sentencia si entre el demandante y el municipio de Pereira existiera una relación laboral?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: En materia de contrato realidad no es posible declarar la prescripción extintiva sin determinar primero la existencia del contrato realidad en tanto que, de su declaración, se puede derivar el reconocimiento de prestaciones sociales de carácter imprescriptible. Lo anterior se sustenta en las razones que se suscitan a continuación:

**La configuración de la prescripción en el contrato realidad**

En primer lugar, previo a analizar el problema respecto de la prescripción, debe indicarse que, respecto a los efectos del cambio de precedente jurisprudencial en el tiempo, situación que es discutida por el recurrente en tanto que, según su criterio, el juez estaba compelido a aplicar la posición que el Consejo de Estado tenía, respecto al fenómeno de la prescripción, al momento de interponer la demanda, en tanto que dicho cambio afectó sus derechos fundamentales y sus derechos adquiridos, debe recordarse que el cambio del precedente es un ejercicio legítimo de la actividad judicial.

La Corte Constitucional en sentencia SU-406 de 2016 sostuvo respecto a la aplicación del precedente judicial en el tiempo lo siguiente:

«[…] Así las cosas, la jurisprudencia fijada por los órganos de cierre se convierte en aplicable de manera general e inmediata, en sentido horizontal y vertical. A partir de ello, la lectura de la normatividad debe hacerse a la luz de los lineamientos y definiciones establecidas por el tribunal de cierre, sin perjuicio de las reglas establecidas para efectos de que de manera excepcional una autoridad judicial pueda apartarse del precedente judicial.

[…]» (Subrayado de la Subsección)

Lo anterior, según pregona la Corte Constitucional, no obsta para que el juez se aparte del precedente fijado cuando encuentre que la situación objeto de decisión afecte los derechos fundamentales de quien, amparado en una posición jurisprudencial previa, haya llevado a estados judiciales su causa para que con base en ella se resuelva esta, lo que obliga al operador jurídico que, en caso de advertir la vulneración de las garantías de las partes, decida alejarse del precedente fijado con razonamientos suficientemente sólidos para resolver lo pertinente.

En ese orden de ideas, considera la Subsección que la decisión adoptada por el *a quo* se sustentó en un fallo de su superior jerárquico, en este caso del Consejo de Estado, en donde, llevado por su interpretación de lo que consideró precedente vertical, concluyó que en casos de contrato realidad se debía declarar la prescripción extintiva de los derechos de la persona cuando esta no hubiera reclamado la existencia de la relación laboral dentro de los tres años siguientes a la finalización de su vínculo contractual.

En ese sentido, para la Corporación, no hubo vulneración de derechos fundamentales ni de garantías constitucionales al momento del fallo de primera instancia, en tanto que, si bien la variación jurisprudencial ocurrió cuando ya se encontraba en trámite el proceso judicial del señor Cardona Gómez, no es posible concluir que este tuviera derechos adquiridos respecto a lo pretendido por el solo hecho de presentar la demanda, pues cada caso requiere la comprobación de la ocurrencia de los diferentes elementos de la relación laboral como son la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación y dependencia continuada, que, en caso tal de no encontrarse acreditados, puede llevar a concluirse que no le asiste el derecho a la prerrogativa solicitada.

Sin embargo, la Corporación encuentra que actualmente existe una posición jurisprudencial diferente a la que tuvo en cuenta el tribunal, sustentada en el ejercicio de las funciones conferidas a este órgano de cierre y que en virtud de ello, debe aplicarse al caso concreto en tanto que, en materia de contrato realidad, la Sección Segunda en pleno, a través de sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016[[12]](#footnote-12), definió las reglas que actualmente deben aplicarse al fenómeno de la prescripción.

Particularmente, respecto al momento en que debe estudiarse la prescripción sostuvo que, su estudio «será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral». Dicha disposición encuentra sustento en el hecho relacionado con los derechos pensionales de la persona, particularmente lo relativo a los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, que por su naturaleza es una prestación imprescriptible.

En ese sentido y conforme con la sentencia de unificación, la prescripción no puede aplicarse a los aportes que por pensión se debían realizar por parte del empleador, que en este caso es el Estado[[13]](#footnote-13). Regla jurisprudencial que tiene su fundamento en: i) la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales[[14]](#footnote-14); ii) el principio *in dubio pro operario[[15]](#footnote-15)*; iii) el derecho constitucional fundamental a la igualdad[[16]](#footnote-16) y; iv) el principio de no regresividad en armonía con el mandato de progresividad[[17]](#footnote-17).

Por consiguiente, se reitera, en materia de contrato realidad, se debe analizar previamente si existió o no la relación laboral, pese a que entre la finalización de la vinculación y la reclamación ante la administración haya transcurrido un lapso superior a los tres años de que tratan los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968[[18]](#footnote-18) y 102 del Decreto 1848 de 1969[[19]](#footnote-19), pues en caso de determinarse su ocurrencia, hay lugar a reconocer prestaciones de naturaleza imprescriptible, incluso de manera oficiosa.

**En conclusión:** La posición jurisprudencial que rige actualmente en virtud de la sentencia de unificación CE-SUJ2-005-16, en casos de contrato realidad, se debe determinar en primer lugar si existió la relación laboral entre las partes y una vez acreditada dicha condición determinar si se configuró el fenómeno de la prescripción extintiva del derecho a las prestaciones sociales, teniendo en cuenta que, entre estas deben reconocerse los aportes a seguridad social en pensiones que correspondía efectuar al empleador, prestación que tiene el carácter de imprescriptible.

**Segundo problema jurídico**

¿En el caso del señor Gilberto Cardona Gómez se comprobaron los elementos constitutivos para determinar la existencia de una relación laboral con el municipio de Pereira, pese a haber sido contratado por prestación de servicios?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: En el caso del señor Cardona Gómez si se demostró la configuración de los elementos constitutivos de la relación laboral. Lo anterior se sustenta en las razones que se suscitan a continuación:

El ordenamiento jurídico colombiano regula tres clases de vinculación al servicio público, con sus características o elementos que las tipifican y su régimen jurídico propio. Estas son: **i)** la vinculación legal y reglamentaria[[20]](#footnote-20); **ii)** la laboral contractual[[21]](#footnote-21); y **iii)** la contractual o de prestación de servicios[[22]](#footnote-22).

La vinculación por contratos de prestación de servicios se rige por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993[[23]](#footnote-23). Dicha forma contractual, de acuerdo con la norma que la regula, tiene como propósito el de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, o para desarrollar labores especializadas que no pueden ser asumidas por el personal de planta de estas.

Por su parte, como características principales del contrato de prestación de servicios esta la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual[[24]](#footnote-24), y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes[[25]](#footnote-25).

De acuerdo con lo anterior, debe advertirse que la vinculación por contrato de prestación de servicios es de carácter excepcional, a través de la cual no pueden desempeñarse funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren previstas en la ley o el reglamento para un empleo público.

Ello con el fin de evitar el abuso de dicha figura[[26]](#footnote-26) y como medida de protección de la relación laboral, en tanto que, a través de la misma, se pueden ocultar verdaderas relaciones laborales y la desnaturalización del contrato estatal[[27]](#footnote-27).

Ahora bien, el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: **i)** la prestación de servicio es personal; **ii)** subordinada; y **iii)** remunerada.

En dicho caso, el derecho al pago de las prestaciones sociales surge a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, lo que se ha denominado como contrato realidad.

En ese orden de ideas, la figura del contrato realidad, sostiene la jurisprudencia, se aplica cuando se constata 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 continuada propia de las relaciones laborales.[[28]](#footnote-28)

De acuerdo con lo anterior, precisa esta Subsección que quien pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral escondida bajo la modalidad de contratación por prestación de servicios, tiene el deber de demostrar, a través de los medios probatorios a su disposición, la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

Así las cosas, conforme con la documentación obrante en el expediente y aportada por la parte demandante, el señor Gilberto Cardona Gómez fue vinculado al municipio de Pereira mediante contratos de prestación de servicios, de la siguiente forma:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **N.° de contrato** | **Periodo** | **Valor** | **Objeto** | **Folios** |
| OPS MA0902-0005 | 16/09/02 a 09/12/02 | $347.339 | Prestar servicios de Portero en la I.E. Aquilino Bedoya de Pereira | 2 |
| OPS MA0103-0250 | 29/01/03 a 11/04/03 | $347.339 | *Ibidem[[29]](#footnote-29)* | 3 |
| OPS MA0403-0161 | 21/04/03 a 20/05/03 | $347.339 | Prestar servicios como auxiliar de servicios generales en la I.E. Aquilino Bedoya de Pereira | 4 |
| OPS MA0403-0161 | 21/05/03 a 04/07/03 | $347.339 | *Ibidem* | 5 |
| OPS MA0403-0161 | 21/07/03 a 20/08/03 | $347.339 | *Ibidem* | 6 |
| OPS S/N | 01/11/03 a 12/12/03 | $347.339 | *Ibidem* | 7 |
| OPS S/N | 15/12/03 a 31/12/03 | $347.339 | *Ibidem* | 8 |
| OPS S/N | 31/03/04 a 30/04/04 | $371.653 | Prestar servicios como celador en la I.E. Aquilino Bedoya de Pereira | 9 |
| OPS S/N | 01/05/04 a 30/06/04 | $371.653 | *Ibidem* | 10 |
| OPS S/N | 01/10/04 a 31/12/04 | $371.653 | *Ibidem* | 11 |
| OPS S/N | 01/01/05 a 28/02/05 | $396.032 | *Ibidem* | 12 |
| OPS S/N | 01/05/05 a 31/05/05 | $730.000 | Prestar servicios de vigilancia en la I.E. Aquilino Bedoya de Pereira | 13 |
| OPS S/N | 01/06/05 a 30/06/05 | $730.000 | *Ibidem* | 14 |
| OPS S/N | 01/07/05 a 30/07/05 | $730.000 | *Ibidem* | 15 |
| OPS S/N | 01/09/05 a 30/09/05 | $730.000 | *Ibidem* | 16 |
| OPS S/N | 01/10/05 a 31/10/05 | $730.000 | *Ibidem* | 17 |
| OPS 67 | 01/11/05 a 31/12/05 | $730.000 | *Ibidem* | 18 |
| OPS 36 | 01/01/06 a 31/01/06 | $730.000 | *Ibidem* | 19 |
| OPS 65 | 01/02/06 a 31/03/06 | $1.460.000 | *Ibidem* | 20 |
| OPS 62 | 07/04/06 a 31/05/06 | $1.460.000 | *Ibidem* | 21 |
| CPS 62 | 01/06/06 a 31/07/06 | $1.460.000 ($730.000 mensual) | *Ibidem* | 22 |
| CPS 64 | 01/08/06 a 31/08/06 | $730.000 | *Ibidem* | 23 |
| CPS 36 | 02/01/07 a 28/02/07 | $1.460.000 ($730.000 mensual) | *Ibidem* | 24 |
| CPS 536 | 01/03/07 a 30/04/07 | $1.533.000 ($766.500 mensual) | *Ibidem* | 25 |

De acuerdo con la anterior contractual, para la Subsección, el señor Cardona Gómez demostró haber prestado sus servicios como «vigilante–celador» al municipio de Pereira, en los siguientes periodos:

|  |
| --- |
| del 16 de septiembre al 9 de diciembre de 2002; |
| del 29 de enero al 11 de abril de 2003; |
| del 31 de marzo al 30 de abril de 2004; |
| del 1.º de mayo y el 30 de junio de 2004; |
| del 1.º de octubre de 2004 al 28 de febrero de 2005; |
| del 1.º de mayo de 2005 al 30 de julio de 2005; |
| del 1.º de septiembre de 2005 al 31 de marzo de 2006; |
| del 7 de abril al 31 de agosto de 2006 y; |
| del 2 de enero al 30 de abril de 2007. |

Adicionalmente prestó servicios como auxiliar de servicios generales por los siguientes lapsos:

|  |
| --- |
| del 21 de abril de 2003 al 4 de julio de 2003; |
| del 21 de julio de 2003 al 20 de agosto de la misma anualidad; |
| del 1.º de noviembre al 12 de diciembre de 2003 y; |
| del 15 al 31 de diciembre de 2003. |

Definido lo anterior, para la Subsección, el demandante prestó de forma personal sus servicios como «celador - conserje» y como auxiliar de servicios generales al municipio de Pereira en los periodos arriba indicados, de acuerdo con los contratos de prestación de servicios que tienen como característica ser *intuito personae.*

Frente a la remuneración, advierte la Corporación que, pese a no obrar pruebas en el expediente de los pagos efectuados, entre el señor Gilberto Cardona Gómez y el municipio de Pereira se pactó el pago de sumas mensuales por concepto de honorarios en los respectivos contratos y órdenes de prestación de servicios, punto que tampoco fue controvertido por la parte demandada.

Ahora bien, frente al tercer elemento de la relación laboral, esto es el de subordinación y dependencia continuada se tiene que, examinadas las funciones asignadas al demandante se encuentran, entre otras, las siguientes: i) vigilar los bienes muebles e inmuebles del establecimiento educativo; ii) apoyar el control de acceso y salida del personal de educandos, docentes, personal administrativo.[[30]](#footnote-30)

Para el efecto, los testigos oídos en el proceso indicaron lo siguiente[[31]](#footnote-31):

En primer lugar, el señor Wilson Forero sostuvo:

«[…] **Preguntado: ¿**Tiene usted una relación contractual con el municipio de Pereira o una relación de amistad o parentesco con el señor Gilberto Cardona Gómez? **Contestó:** De amistad. **Preguntado: ¿**Con el municipio tiene alguna relación? **Contestó:** En estos momentos no. **Preguntado:** Le pongo en conocimiento que el señor Gilberto Cardona Gómez demanda al municipio de Pereira en procura del pago de unas prestaciones que él aduce se le adeudan por virtud de unos contratos que celebró con dicho municipio. Entonces pretende la nulidad de un acto administrativo que le negó el pago, reconocimiento y pago de esas prestaciones. Teniendo en cuenta entonces este antecedente que le acabo de poner en conocimiento, le solicito a usted que haga un relato claro, detallado y concreto de cuánto le consté a usted acerca de la relación que tuvo el señor Gilberto Cardona Gómez con el municipio de Pereira. **Contestó:** Yo conocí a Gilberto Cardona en el colegio Aquilino Bedoya en el 2004 que trabajé con él. Yo llegué en ese tiempo a trabajar también como vigilante en ese colegio, Desde ahí en adelante lo distinguí a él en ese trabajo. Él trabajaba como vigilante, le tocaba que estar pendiente de la puerta, de que no se salieran los niños, estar pendiente a la salida de los carros, de la entrada, de todo. De todo el colegio, o sea, tenía que estar pendiente de todo. **Preguntado:** ¿En el ejercicio de esa labor el señor de Gilberto Cardona Gómez debía cumplir un horario de trabajo y unos turnos? **Contestó:** Sí señor. **Preguntado: ¿**Explíquenos acerca de eso? **Contestó:** O sea, los turnos eran de 6 a 2 de la tarde de 2 a 10 y de 10 a 6 de la mañana, eran los turnos que debía él cumplir. **Preguntado: ¿**Sabe o le consta a usted sí el recibía órdenes en el establecimiento en el cual estaba asignado como vigilante? en caso afirmativo ¿de quién? **Contestó:** De la rectora. **Preguntado:** ¿A usted le consta que el haya recibido órdenes de parte de la rectora? **Contestó:** Sí claro. **Preguntado: ¿**Por qué le consta? **Contestó:** Porque yo trabajaba con él también. **Preguntado: ¿**Sírvase manifestar si tiene conocimiento que en la planta de personal del municipio existieran, digamos, vigilantes vinculados mediante una relación legal y reglamentaria? **Contestó:** Sí por contrato. **Preguntado:** No por contrato sino ¿mediante un acto administrativo, vinculados a la planta al municipio? **Contestó:** Como nombrados, sí. **Preguntado: ¿**Existe alguna diferencia entre las labores que ustedes realizaban como como vigilantes, concretamente el señor Gilberto Cardona Gómez como vigilante, con algunos vigilantes de planta o mediante nombramiento por parte del municipio? **Contestó:** Sí claro, había una diferencia porque a los nombrados les pagaban todo a nosotros no. **Preguntado: ¿**Y en el ejercicio de las labores había una diferencia? **Contestó:** No, las labores eran las mismas. Eran las mismas labores. **Preguntado: ¿**Tiene usted conocimientos si al Señor Gilberto Cardona Gómez de parte de alguna autoridad del establecimiento educativo se le hubiese llamado la atención o amonestado? **Contestó:** No. **Preguntado: ¿**Diga al despacho si lo sabe si don Gilberto podía ausentarse su sitio de trabajo cuando él lo quisiera o debía pedir alguna autorización o permiso? **Contestó:** No, no podía. **Preguntado: ¿**Don Gilberto debía pedir alguna autorización o permiso para ausentarse en caso de enfermedad? **Contestó:** Sí, tenía que pedir una autorización. **Preguntado: ¿**A quién debia pedir dicha autorización? **Contestó:** A la rectora. **Preguntado: ¿**Diga al despacho si al señor Gilberto le entregaron algunas herramientas de trabajo, llaves, linternas, botas o cualquier otra herramienta? **Contestó:** Llaves y una linterna y un machete. Era lo que le daban a uno. **Preguntado: ¿**Sabe usted de quiénes eran esas herramientas que le entregaron al señor Gilberto? **Contestó:** Del colegio. **Preguntado: ¿**Sírvase decir, ya que usted está bajo la gravedad del juramento, sírvase indicarnos cuál es la razón o el por qué tiene conocimiento de todo lo que está manifestado en esta declaración? **Contestó:** Porque yo fui compañero de él. Yo trabajé con él en el colegio. **Preguntado: ¿**Sírvase informar desde qué fecha a qué fecha usted laboró? **Contestó:** Yo estuve con él 6 meses y ahí en adelante estuvimos en contacto diariamente o sea nos comunicamos muy seguido. **Preguntado:** ¿Después de que usted deja de laborar, entonces usted mantiene un contacto con el señor Gilberto? **Contestó:** Sí señor. **Preguntado: ¿**Y entonces de dónde recibe toda esta información, quién le dice? **Contestó:** Porque es la misma, o sea, es el mismo en todos los colegios. La misma cosa. **Preguntado: ¿**Pero eso es un conocimiento directo o eso es una conclusión suya? **Contestó:** No, eso es conocimiento directo. **Preguntado: ¿**Tuvo usted algún vínculo con el municipio de Pereira como vigilante? **Contestó:** Sí señora. **Preguntado: ¿**Demandó usted el municipio de Pereira en relación con el oficio de vigilante que usted desempeñaba? **Contestó:** Sí señora. […]»

A su vez, la señora Sandra Helena Cuenu Maturana afirmó:

«[…] **Preguntado: L**e pongo de presente que el señor Gilberto Cardona Gómez demanda al municipio de Pereira en procura del pago de unas prestaciones que él considera se le adeudan por virtud de unos contratos que celebró con dicho municipio. Teniendo en cuenta lo que le acabo de precisar, se le solicita que haga un relato claro, detallado, concreto de cuanto le conste alrededor de este tema de esta vinculación. **Contestó:** Yo distinguí al señor Gilberto. Me tocó porque fuimos compañeros de trabajo. Trabaje con él en el colegio Aquilino Bedoya aproximadamente unos 5 o 7 años, más o menos. De ahí para acá, sé que lo distingo. Fue vigilante, sí. Yo trabajé con él como del 2000 al 2007, más o menos. **Preguntado: ¿**Qué le consta a usted de las labores que realizaba el señor Gilberto Cardona Gómez en su condición de vigilante en dicha institución? **Contestó:** Él era vigilante. Él tenía varios turnos, entraba de 6 de la mañana a 2 de la tarde. Tenía otro turno de 2 de la tarde a 10 de la noche, y el otro era de 10 de la noche a 6 de la mañana. **Preguntado: ¿**Qué labores realizaba el señor Gilberto Cardona? **Contestó:** Él entró al colegio como vigilante, pero no sólo lo dejaban, muchas veces la señora rectora, Blanca Inés Montoya, lo mandaba a hacerle mantenimiento por ahí a los techos, a las canales, a todo eso. O sea, nunca lo dejaba como en ese solo oficio que era lo de él. **Preguntado: ¿**A usted por qué le consta lo que acaba de decir? **Contestó:** Porque yo trabajé con él. Fuimos compañeros de trabajo en el colegio Aquilino Bedoya. **Preguntado: ¿**El señor Gilberto Cardona Gómez recibía órdenes de alguna autoridad en ese establecimiento? ¿en caso afirmativo nos dirá de quién? **Contestó:** De la rectora, Blanca Inés Montoya. **Preguntado:** ¿Por qué le consta? **Contestó:** Por lo que ella también me daba órdenes a mí, porque yo trabajé y también ella era mi jefe en el colegio. **Preguntado: ¿**Sírvase manifestar si el señor Gilberto Cardona Gómez fue, digamos, sancionado, amonestado por parte de alguna autoridad en el establecimiento en el cual él trabajaba como vigilante? **Contestó:** Sancionado no, de pronto muy acosado laboralmente sí por la rectora Blanca Inés Montoya. **Preguntado: ¿**Sabe usted o le consta que habían otros vigilantes vinculados por nombramiento mediante acto administrativo a la planta del municipio? **Contestó:** No, con los que trabajé siempre era por contratos. […] **Preguntado: ¿**Según su respuesta a quién entonces debía pedirle permiso el señor Gilberto para abandonar su sitio de trabajo si era que tenía que hacerlo? **Contestó:** Pedir permiso directamente a la rectora, pero ella es muy intolerante. **Preguntado: ¿**Dígale al despacho si don Gilberto, ante la intolerancia a la rectora, se llegó a ausentar o él siempre permaneció en su sitio de trabajo? **Contestó:** Siempre permaneció en su sitio de trabajo. **[…]** **Preguntado: ¿**Sírvase indicarnos el período por el cual usted estuvo contratada por el municipio? **Contestó:** Yo entré a trabajar en el colegio desde el 2000, 2001 hasta el 2005. En el 2005 todavía estuve trabajando en el colegio Aquilino Bedoya. **Preguntado: ¿**Permaneció siempre en esa misma institución? **Contestó:** No, yo también trabajé en el INEM Felipe Pérez. **Preguntado: ¿**Siendo eso así, entonces por qué razón tiene conocimiento, por ejemplo, del acoso laboral que usted hace referencia y de las condiciones laborales del señor Gilberto Cardona? **Contestó:** Porque yo trabajé con él en el colegio Aqulino Bedoya. Fuimos compañeros de trabajo ahí […] **Preguntado: ¿**Cuándo usted es contratada con el municipio, igual que el señor Gilberto, usted conoce cuál es el objeto del contrato que usted está firmando? **Contestó:** Sí. **Preguntado: ¿**Puede hacer referencia de, a qué se trataba, a qué se obligaba usted? **Contestó:** Cuando yo firmé mi contrato, el contrato era directamente para aseo general en el colegio, pero como recibimos orden en el colegio directamente de la rectora, ahí ya tenemos que hacer lo que ella nos coloque a hacer. **Preguntado:** ¿Y con relación a don Gilberto Cardona, cómo sucedió, conoció también el objeto del contrato? **Contestó:** Sí,porque trabajábamos juntos. Cuando nos tocaba firmar contrato íbamos juntos a firmar contrato. No sólo él y yo, sino varios compañeros y leíamos los contratos, y por ejemplo, don Gilberto en el contrato decía que era como vigilante de la institución. Después que llegábamos a la institución a trabajar, ya era lo que la rectora nos mandara a hacer. Si ella le decía a don Gilberto “Gilberto abandone la portería por media hora y va y me limpia el techo, las canales eso le tocaba hacerlo a él. **Preguntado: ¿**Quién le establecía el horario al señor Cardona? **Contestó:** El horario venía en el contrato pero la rectora nos cambiaba los horarios […]»

De los dichos de los declarantes, se evidencia por la Subsección, que estos son contestes, responsivos, en el sentido de afirmar que el señor Gilberto Cardona Gómez debía ejercer sus funciones en los horarios impuestos por la rectora de la institución educativa en turnos de 8 horas, que iban de las 6 am a 2 pm, 2 pm a 10 pm y 10 pm a 6 am, así como atender las órdenes e instrucciones que se daban por parte de esta, lo cual lleva a inferir que la prestación del servicio por parte del demandante no era de forma autónoma e independiente, como corresponde a un contratista.

Ahora, si bien en la prueba testimonial, ambos testigos afirmaron en sus declaraciones haber demandado al municipio por hechos similares, lo cierto es que dicha situación no afecta la validez de sus declaraciones o impide que se le dé credibilidad a sus manifestaciones en tanto que, las circunstancias de tiempo, modo y lugar son distintas en todos los casos en que se reclama un contrato realidad, por cuanto no se advierte un ánimo de favorecer al testigo en el sentido de apreciar declaraciones preparadas, que respondan autónomamente más allá los cuestionamientos hechos por los diferentes sujetos procesales y, porque en su calidad de compañeros laborales, son estos quienes tuvieron un conocimiento directo de la forma en que se desarrolló la vinculación contractual del demandante.

Por otra parte, se advierte que existe posición sentada por esta Corporación, respecto a la ausencia en la autonomía de las labores de vigilante. Para el efecto, en un caso similar a este se precisó que «[…] la labor de vigilancia […] ejercida por el demandante en el establecimiento educativo no fue una actividad temporal, en tanto que para el cumplimiento de su objeto se requería la dedicación continua y permanente de quien la realizaba para brindar seguridad a las personas que laboraban y estudiaban en las instalaciones y frente a los bienes encargados a su cuidado. […]»[[32]](#footnote-32)

Además, la Corporación ha sostenido que «[…] la función de celaduría no posee ningún nivel de autonomía e independencia que caracteriza el contrato de prestación de servicios, por el contrario, en esta clase de actividades el elemento asociado a la subordinación salta a la vista, pues el vigilante no puede decidir en qué lugares presta el servicio ni tampoco en que horarios, mucho menos se encuentra facultado para ausentarse del lugar de trabajo sin permiso.»[[33]](#footnote-33)

No obstante, la misma situación no se puede predicar del periodo en que laboró como auxiliar de servicios generales, pues no obra en el proceso prueba alguna que permita determinar de manera fehaciente que el señor Gilberto Cardona Gómez se encontrara compelido al cumplimiento de un horario impuesto por la entidad demandada a través de la rectora de la institución educativa, o que este recibiera órdenes e instrucciones sobre la forma en que debía ejecutar las actividades propias del objeto contractual.

En ese sentido, los testigos Wilson Forero y Sandra Helena Cuenu dieron cuenta de la relación de subordinación mientras se prestó el servicio de celaduría, pero no obra declaración alguna a las labores que como auxiliar de servicios generales desarrolló, por lo que no se pueden determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se prestó el servicio, situación que correspondía a la parte demandante como carga dentro del proceso de acuerdo con lo regulado en el artículo 167 del Código General del Proceso.

Por consiguiente, para la Subsección se encuentran acreditados los tres elementos de la relación laboral mientras el demandante se desempeñó como «celador – vigilante» en la institución educativa Aquilino Bedoya del municipio de Pereira, razón por la cual, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, debe reconocerse la existencia de un contrato realidad por los siguientes periodos:

|  |
| --- |
| del 16 de septiembre al 9 de diciembre de 2002; |
| del 29 de enero al 11 de abril de 2003; |
| del 31 de marzo al 30 de abril de 2004; |
| del 1.º de mayo y el 30 de junio de 2004; |
| del 1.º de octubre de 2004 al 28 de febrero de 2005; |
| del 1.º de mayo de 2005 al 30 de julio de 2005; |
| del 1.º de septiembre de 2005 al 31 de marzo de 2006; |
| del 7 de abril al 31 de agosto de 2006 y; |
| del 2 de enero al 30 de abril de 2007. |

No así, respecto de los periodos que, acorde con los diferentes contratos y órdenes de prestación de servicios se le contrató para llevar a cabo funciones como auxiliar de servicios generales, esto es, entre el 21 de abril al 4 de julio de 2003; del 21 de julio al 20 de agosto de 2003; del 1.º de noviembre al 12 de diciembre de 2003 y; del 15 al 31 de noviembre de 2003, en tanto que no se demostró que en dicho lapso, el demandante se encontrara en situación de subordinación o dependencia continuada.

**En conclusión:** El señor Gilberto Cardona Gómez únicamente acreditó la existencia de un contrato realidad en los periodos contractuales cuyo objeto contractual fue el de celador o vigilante del establecimiento educativo Aquilino Bedoya del municipio de Pereira.

Lo cual no sucedió respecto a los periodos en que fue contratado para prestar sus servicios como auxiliar de servicios generales, razón por la cual se negarán las pretensiones respecto de dichos tiempos.

**Tercer problema jurídico**

¿En el caso concreto, hay lugar a declarar probada, oficiosamente, la excepción de prescripción extintiva del derecho, al haber trascurrido más de tres años entre la finalización del vínculo contractual y la presentación de la reclamación administrativa?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: En el caso concreto y de acuerdo con la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, debe declararse la prescripción de las prestaciones sociales a que tendría derecho por la existencia de la relación laboral, al haber transcurrido más de tres años entre la finalización de los vínculos contractuales y la reclamación del derecho ante la autoridad pertinente, como pasa a explicarse:

**La prescripción de los derechos prestacionales en el caso concreto**

En materia de derechos laborales de los empleados públicos, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968[[34]](#footnote-34) y 102 del Decreto 1848 de 1969[[35]](#footnote-35) (reglamentario del primero), regulan que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dichas normas prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Particularmente, en cuanto al reconocimiento de la existencia de la relación laboral encubierta a través de un contrato de prestación de servicios, esta Sección, en la mencionada sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016, estipuló las siguientes reglas respecto a la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad[[36]](#footnote-36):

«[…] 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. […]» (Subrayado de la Subsección)

Conforme con lo previsto en la sentencia de unificación jurisprudencial, en su aparte aquí transcrito, se tiene que:

* El término para exigir el reconocimiento de una relación laboral con el Estado es de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual, y que pasado dicho tiempo se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella.
* En aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización.[[37]](#footnote-37)

Ahora, en el caso objeto de estudio, como la petición de reconocimiento y pago de las acreencias laborales fue radicada ante la entidad demandada el 10 de octubre de 2013[[38]](#footnote-38), y por tratarse de vinculaciones interrumpidas al servicio público, el término para contar la prescripción extintiva debe empezar a contarse a partir de la finalización de cada uno de los periodos laborados.

Quiere decir lo anterior que, los derechos prestacionales derivados de la totalidad de los periodos de vinculación laboral se encuentran prescritos al no haber sido reclamados a más tardar dentro de los tres años siguientes a la fecha de finalización de cada uno de ellos, en tanto que el último periodo contratado finalizó el 30 de abril de 2007[[39]](#footnote-39), motivo por el cual, se entiende que al haberse presentado la reclamación el 10 de octubre de 2013[[40]](#footnote-40), transcurrió un término superior al contemplado por la norma para reclamar el derecho.

No obstante lo anterior, se reitera, de acuerdo con la sentencia de unificación citada, la prescripción no puede aplicarse a los aportes que por pensión se debían realizar por parte del empleador, que en este caso es el Estado.[[41]](#footnote-41)

De conformidad con los razonamientos precedentes, considera esta Subsección que al señor Gilberto Cardona Gómez se le extinguió el derecho, por prescripción, a los emolumentos deprecados como son las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, entre otros, a que habría lugar a reconocer y pagar causados desde el 16 de septiembre de 2002 hasta el 30 de abril de 2007.

Sin embargo, la entidad demandada deberá, a título de restablecimiento del derecho, tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional[[42]](#footnote-42) del demandante, dentro de los periodos laborados ya fuera por prestación de servicios o por contrato de trabajo, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por el señor Cardona Gómez 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.

En ese sentido, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos 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 trabajador.

**En conclusión:** En el caso del señor Gilberto Cardona García prescribieron las prestaciones sociales a que tendría derecho, causadas con entre el 16 de septiembre de 2002 y el 30 de abril de 2007. No obstante lo anterior, el demandante tiene derecho a que el municipio de Pereira realice las cotizaciones a pensión, por tratarse de una prestación imprescriptible.

**Decisión de segunda instancia**

De acuerdo con las razones que anteceden, esta Subsección adicionará la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, la cual quedará de la siguiente forma:

«1. Declarar la nulidad parcial del acto administrativo 31491 del 24 de octubre de 2013, por medio del cual, el municipio de Pereira negó el reconocimiento de la relación laboral con el señor Gilberto Cardona Gómez.

En consecuencia, se declara la existencia del contrato realidad entre el señor Gilberto Cardona Gómez y el municipio de Pereira durante los periodos comprendidos entre el 16 de septiembre al 9 de diciembre de 2002; del 29 de enero al 11 de abril de 2003; del 31 de marzo al 30 de abril de 2004; del 1.º de mayo y el 30 de junio de 2004; del 1.º de octubre de 2004 al 28 de febrero de 2005; del 1.º de mayo de 2005 al 30 de julio de 2005; del 1.º de septiembre de 2005 al 31 de marzo de 2006; del 7 de abril al 31 de agosto de 2006 y; del 2 de enero al 30 de abril de 2007.»

«2. Declarar probada de manera oficiosa la excepción de prescripción extintiva de los derechos laborales y prestaciones sociales derivadas de los contratos u órdenes de prestación de servicios suscritos entre el señor Gilberto Cardona Gómez y el municipio de Pereira, causadas durante los periodos contractuales relacionados en el ordinal anterior, excepto en lo relacionado con los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones.»

«3**.** Condenar al municipio de Pereira a tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional del demandante, desde el 16 de septiembre al 9 de diciembre de 2002; del 29 de enero al 11 de abril de 2003; del 31 de marzo al 30 de abril de 2004; del 1.º de mayo y el 30 de junio de 2004; del 1.º de octubre de 2004 al 28 de febrero de 2005; del 1.º de mayo de 2005 al 30 de julio de 2005; del 1.º de septiembre de 2005 al 31 de marzo de 2006; del 7 de abril al 31 de agosto de 2006 y; del 2 de enero al 30 de abril de 2007, 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.

En ese sentido, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema de seguridad social en pensiones durante el tiempo que duraron los 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 trabajador.»

En lo demás, se confirmará la sentencia apelada por las razones expuestas en esta providencia.

**De la condena en costas**

Esta Subsección en providencia con ponencia del suscrito ponente[[43]](#footnote-43) sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA; en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

1. El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio *«subjetivo» –CCA-* a uno *«objetivo valorativo» –CPACA*-.
2. Se concluye que es *«objetivo»* porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
3. Sin embargo, se le califica de *«valorativo»* porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
4. La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
5. 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.
6. La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP[[44]](#footnote-44), previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
7. Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso la Corporación se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, con sustento en lo reglado por el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, toda vez que los argumentos del recurso de apelación prosperaron parcialmente en esta instancia.

**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,**

**FALLA**

**Primero:** Adicionar la sentencia del 28 de octubre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Pereira en el proceso que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, promovió el señor Gilberto Cardona Gómez en contra del Municipio de Pereira, en los siguientes términos:

«1. Declarar la nulidad parcial del acto administrativo 31491 del 24 de octubre de 2013, por medio del cual, el municipio de Pereira negó el reconocimiento de la relación laboral con el señor Gilberto Cardona Gómez.

En consecuencia, se declara la existencia del contrato realidad entre el señor Gilberto Cardona Gómez y el municipio de Pereira durante los periodos comprendidos entre el 16 de septiembre al 9 de diciembre de 2002; del 29 de enero al 11 de abril de 2003; del 31 de marzo al 30 de abril de 2004; del 1.º de mayo y el 30 de junio de 2004; del 1.º de octubre de 2004 al 28 de febrero de 2005; del 1.º de mayo de 2005 al 30 de julio de 2005; del 1.º de septiembre de 2005 al 31 de marzo de 2006; del 7 de abril al 31 de agosto de 2006 y; del 2 de enero al 30 de abril de 2007.»

«2. Declarar probada de manera oficiosa la excepción de prescripción extintiva de los derechos laborales y prestaciones sociales derivadas de los contratos u órdenes de prestación de servicios suscritos entre el señor Gilberto Cardona Gómez y el municipio de Pereira, causadas durante los periodos contractuales relacionados en el ordinal anterior, excepto en lo relacionado con los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones.»

«3**.** Condenar al municipio de Pereira a tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional del demandante, desde el 16 de septiembre al 9 de diciembre de 2002; del 29 de enero al 11 de abril de 2003; del 31 de marzo al 30 de abril de 2004; del 1.º de mayo y el 30 de junio de 2004; del 1.º de octubre de 2004 al 28 de febrero de 2005; del 1.º de mayo de 2005 al 30 de julio de 2005; del 1.º de septiembre de 2005 al 31 de marzo de 2006; del 7 de abril al 31 de agosto de 2006 y; del 2 de enero al 30 de abril de 2007, 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.

En ese sentido, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema de seguridad social en pensiones durante el tiempo que duraron los 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 trabajador.»

**Segundo:** Confirmar en todo lo demás la sentencia apelada por las razones expuestas en esta providencia.

**Tercero:** Abstenerse de condenar en costas a la parte demandada, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia*.*

**Cuarto:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen previas las anotaciones pertinentes en el programa Justicia Siglo XXI.

**Notifíquese y cúmplase.**

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

1. Folios 42 a 57. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 45 a 46*.* [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 42 a 45. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 105 a 107 y CD a folio 108. [↑](#footnote-ref-4)
5. Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. (2015) EJRLB. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ramírez Jorge Octavio, consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. EJRLB. [↑](#footnote-ref-6)
7. Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 150 a 154. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 162 a 180. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 214 a 218*.*  [↑](#footnote-ref-10)
11. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 25 de agosto de 2016. Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001233300020130026001(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Lucinda María Cordero Causil contra el Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba) [↑](#footnote-ref-12)
13. «[…] 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.[…]» [↑](#footnote-ref-13)
14. «[…] 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.» [↑](#footnote-ref-14)
15. «[…] 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.» [↑](#footnote-ref-15)
16. «[…] 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.» [↑](#footnote-ref-16)
17. «[…] 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 […]» [↑](#footnote-ref-17)
18. «**Artículo 41.** 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.» [↑](#footnote-ref-18)
19. «**Artículo 102.** Las acciones que emanen 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.

    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.» [↑](#footnote-ref-19)
20. la vinculación legal y reglamentaria es la forma predominante de acceso a cargos públicos, la cual está dirigida a la vinculación de los empleados públicos. Por empleado público debe entenderse aquella persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

    De acuerdo con la jurisprudencia, los elementos que deben concurrir para que se admita que una persona se desempeña como empleado público son, en principio: i) la existencia del empleo en la planta de personal de la entidad; ii) la determinación de las funciones propias del cargo; y iii) la existencia de recursos para proveer el cargo. [↑](#footnote-ref-20)
21. La relación laboral contractual es la forma de vinculación de los trabajadores oficiales, la cual se realiza a través de contrato de trabajo de acuerdo con la normatividad prevista en el Código Sustantivo del Trabajo y normas concordantes. Estos, si bien desempeñan empleos públicos, cuentan con derechos y reglamentación propia.

    Así, el decreto 3135 de 1968 define que, en principio, trabajadores oficiales son aquellos que se dedican a la construcción y sostenimiento de obras públicas y, aquellos que prestan sus servicios en empresas industriales y comerciales del Estado, en este último caso con la excepción de quienes realicen actividades de dirección y confianza que ostentan la calidad de empleados públicos. [↑](#footnote-ref-21)
22. La vinculación a través de contratos de prestación de servicios, la cual se regula por el numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993. Las personas vinculadas a través de este sistema se denominan contratistas, quienes tienen por finalidad desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, siempre que estas no puedan ser ejercidas por el personal de planta o por que requieran de conocimientos especializados para ello. [↑](#footnote-ref-22)
23. «**Artículo 32.** 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. 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. […]» [↑](#footnote-ref-23)
24. Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 25 de agosto de 2016. Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001233300020130026001(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Lucinda María Cordero Causil contra el Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba) [↑](#footnote-ref-24)
25. Ver sentencia C-614 de 2009. [↑](#footnote-ref-25)
26. Ver sentencia del 10 de julio de 2014. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve. Radicación 05001233100020040039101 (0151-13). Francisco Zúñiga Berrio contra el Municipio de Medellín (Antioquia). [↑](#footnote-ref-26)
27. C-614 de 2009. [↑](#footnote-ref-27)
28. Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16. [↑](#footnote-ref-28)
29. Si bien el objeto contractual indica que era para prestar servicios de auxiliar de servicios generales, en la misma OPS se determina que tendría «cargo de portero». [↑](#footnote-ref-29)
30. Las anteriores funciones se detallan en los contratos de prestación de servicios 62, 64, 36 y 536. [↑](#footnote-ref-30)
31. Grabaciones obrantes en medio magnético a folio 113 del expediente. [↑](#footnote-ref-31)
32. Para el efecto ver sentencias del 10 de octubre de 2013 con ponencia del consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación número: 05001-23-31-000-2004-00287-01(0486-13); del 8 de agosto de 2017 con ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicación 66001-23-33-000-2014-00126-01 (3287-17); del 24 de agosto de 2017 con ponencia del suscrito consejero William Hernández Gómez. Radicación 66001-23-33-000-2013-00155-01 (1470-14). [↑](#footnote-ref-32)
33. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil doce (2012). Radicación número: 25000-23-25-000-2006-08203-01(2411-11). Actor: Fabio Soler Sánchez. Demandado: Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. - Secretaría de Educación. [↑](#footnote-ref-33)
34. «**Artículo 41.** 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.» [↑](#footnote-ref-34)
35. «**Artículo 102.** Las acciones que emanen 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.

    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.» [↑](#footnote-ref-35)
36. Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2-05 del 25 de agosto de 2016. Consejero Ponente Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015). [↑](#footnote-ref-36)
37. En los precisos términos de la sentencia de unificación, se indicó: «[…] 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. […]» (Subrayado de la Subsección) [↑](#footnote-ref-37)
38. Ver folio 15 vuelto. [↑](#footnote-ref-38)
39. Ver folio 25. [↑](#footnote-ref-39)
40. Folios 26 a 30. [↑](#footnote-ref-40)
41. «[…] 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.[…]» [↑](#footnote-ref-41)
42. Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios. [↑](#footnote-ref-42)
43. Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi. [↑](#footnote-ref-43)
44. “**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin a-l proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: […]” [↑](#footnote-ref-44)