TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, dieciocho (18) de septiembre de dos mil catorce (2014)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 140

TEMAS:	RELACIÓN LABORAL COMO REALIDAD – PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LA FORMALIDAD – VINCULACIÓN DE DOCENTES A TRAVÉS DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES – PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS Y ACCIONES, INEXISTENCIA
INSTANCIA:	SEGUNDA

Decide la Sala la apelación interpuesta por la parte demandada en oposición a la sentencia del 6 de mayo de 2014, proferida por el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO - SUCRE, en el proceso que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instauró AMAURY FRANCISCO GÓMEZ FLÓREZ en contra del MUNICIPIO DE SINCELEJO.

1. ANTECEDENTES:

1.1. LO QUE SE DEMANDA:

Pretende la parte demandante lo siguiente[1]:

1.1.1. Declarar la nulidad de los actos administrativos identificados de la siguiente forma: acto administrativo No: 1.8.1836.11.2012 de fecha 07 de noviembre de 2012, acto administrativo No: 1.8.1857.11.2012 de fecha 15 de noviembre de 2012 y la resolución No 3144 de fecha 20 de diciembre de 2012, proferidos por el municipio de Sincelejo.

1.1.2. Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho se reconozca la relación laboral existente entre el señor AMAURY FRANCISCO GÓMEZ FLÓREZ, identificado con C.C. No 92.256.292 de Sincelejo y el municipio de Sincelejo.

1.1.3. Se ordene el pago de todas las prestaciones sociales con la debida indexación a que haya lugar y a las que tienen derecho los docentes del municipio de Sincelejo.

1.1.4. Las sumas reconocidas deben ser indexadas y actualizadas a la fecha en que se dé el respectivo pago de la mencionada obligación.

1.1.5. Que a través del presente fallo se manifieste que no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados, para todos los efectos legales y prestacionales, en especial a efectos pensiónales, los que deberán ser consignados al respectivo fondo de pensiones, junto con los intereses y sanciones a que haya lugar.

---

[1] Fol. 2 a 3 C.1.

1.2. LOS HECHOS EN QUE SE FUNDA:

El accionante fundamenta las anteriores pretensiones, en los hechos que a continuación el Tribunal procede a resumir:

Asegura que fue contratado por la modalidad de órdenes de prestación de servicios, como docente en el municipio de Sincelejo, en el período comprendido entre el 16 de febrero del 2000 hasta el día 19 de octubre de 2003.

Indica que en desarrollo de las funciones asignadas como docente del municipio de Sincelejo, celebró contratos de prestación de servicios de forma consecutiva y que las labores desempeñadas las cumplió en igual forma que los demás docentes nombrados en planta a través de acto legal y reglamentario, bajo órdenes y en completa dirección y subordinación de la administración municipal e idéntico calendario y jornada laboral al del resto del personal docente.

Relata que en el tiempo laborado no existió solución de continuidad, desempeñando sus labores sin interrupción alguna durante más de 4 años, y que el municipio de Sincelejo nunca le canceló el mínimo de derechos salariales, prestacionales e indemnizatorios consagrados en las normas laborales para cada época, teniendo en cuenta la vigencia de la relación laboral.

Refiere que en virtud de lo anterior presentó petición escrita, el día 19 - 10 - 2012, con radicado No: pqr12475, la que fue resuelta mediante acto administrativo No: 1.8.1836.11.2012, de fecha 07 de noviembre de 2012, el cual fue objeto de recurso de reposición y en subsidio apelación el 09 de noviembre de 2012, siendo resuelto de forma desfavorable el recurso de reposición mediante acto administrativo No: 1.8.1857.11.2012 de fecha 15 de noviembre de 2012 y apelación mediante resolución No: 3144 de fecha 20 de diciembre de 2012.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Relaciona como disposiciones vulneradas las siguientes: artículo 53 de la Constitución Política; Ley 21 de 1982; Decreto 1919 del año 2002; Decreto 45 de 1996; Decreto 1381 de 1997; Ley 115 de 1994; Ley 91 de 1989; Ley 60 de 1993; Ley 115 de 1994; Ley 50 de 1990; Ley 962 de 2005.

Amparado en las normas transcritas manifiesta que la violación que recae sobre estas normas y los derechos del demandante se materializa en el entendido que fue contratado a través de orden de prestación de servicios, para desarrollar labores en Instituciones Educativas del municipio de Sincelejo en idénticas funciones e igual calendario y horario que los demás docentes vinculados en propiedad con el demandado, recibiendo como contraprestación por la labor realizada honorarios muy bajos sin lugar a generar ninguna clase de prestaciones, y debido al actuar de la administración municipal se le han desconocido todos los derechos y prerrogativas de que gozan los demás docentes vinculados en propiedad con el municipio de Sincelejo.

Culminó señalando que, la figura de orden de prestación de servicios utilizada por la administración municipal ocultaba una verdadera relación de trabajo en la que el actor puso al servicio de la administración municipal toda su actividad personal y fuerza de trabajo para cumplir a cabalidad las funciones encomendadas.

1.4. ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 23 de agosto de 2013 (fol. 10 C. Principal).
- Admisión de la demanda: 3 de octubre de 2013 (fol. 82 a 83 C. Principal).

- Notificaciones: 24 de octubre de 2013 (Fol. 86 C. Principal).
- Contestación a la demanda: 3 de diciembre de 2013 (Fol. 89 a 99 C. Principal)
- Audiencia inicial con sentencia: 6 de mayo de 2014 (fol. 187 a 201 C. Principal).
- Recurso de Apelación: 19 de mayo de 2014 (Fol. 209 a 212 C. Principal).
- Audiencia de conciliación y concesión del recurso: 11 de junio de 2014 (Fol. 221 a 222 C. Principal).
- Auto que admite el recurso de apelación: 7 de julio de 2014 (Fol. 3 Cuaderno Nº 2).
- Auto que ordena traslado para alegatos de cierre: 21 de julio de 2014 (Fol. 15 Cuaderno No. 2).

1.4.1. RESPUESTA A LA DEMANDA:

La entidad demandada, en término oportuno, dio respuesta a la demanda manifestando en cuanto a los hechos que, acepta los relacionados con la existencia del vínculo contractual, celebrado según su criterio, en cumplimiento de la legislación vigente, aclarando que no existió subordinación en la prestación del servicio pactada, existiendo solo coordinación a fin de que el contratista no actuara como rueda suelta.

En lo que atañe a las pretensiones del actor, se opuso a todas y cada una, por carecer de asidero jurídico, proponiendo como medios exceptivos, los siguientes: i) Caducidad, ii) Inepta demanda, iii) Inexistencia de la relación laboral y iv) Inexistencia de los supuestos fácticos en que se funda la reclamación de los derechos laborales.

1.5. LA PROVIDENCIA RECURRIDA:

El Juez de primera instancia luego de estudiar los temas concernientes a la actividad docente; la diferencia entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios; la vinculación mediante órdenes de prestación de servicios y la posición del Consejo de Estado frente al tema de la vinculación de docentes mediante OPS, determinó que en el caso concreto se encuentra demostrado que el municipio de Sincelejo, a través de la Secretaría de Educación Municipal, vinculó al señor Amaury Francisco Gómez Flórez como docente, en los períodos comprendidos entre el 16 de febrero al 30 de noviembre de 2000, 1 de febrero al 30 de noviembre de 2001, 1 de febrero al 30 de noviembre de 2002 y del 13 de enero al 19 de octubre de 2003, y que el mentado señor tuvo una dedicación temporal prolongada para prestar un servicio docente en instituciones educativas del ente territorial demandado, actividad que es equivalente a la desarrollada por personal de planta de la entidad, lo que permite inferir que a pesar de haber sido vinculado por órdenes de prestación de servicios desempeñó una actividad de carácter permanente relacionada con la prestación del servicio de la entidad demandada.

Por lo anterior concluyó, que en el sub lite se tipificó la relación laboral de facto con derecho al pago de prestaciones sociales a título de indemnización.

1.6. LA APELACIÓN

La entidad demandada presentó recurso de apelación contra la sentencia que dispuso acceder a las pretensiones, aduciendo que dentro del material probatorio obrante en el proceso se puede deducir que dentro del caso que nos ocupa no se logró demostrar la existencia de una relación laboral en los términos expresados por el demandante. Lo anterior, considerando que no fue probada la subordinación del docente respecto del municipio de Sincelejo, por cuanto, no se evidencia que el demandante hubiese tenido la obligación de rendir informe

alguno o de ceñirse a políticas de orden local adoptadas por el Ente Territorial.

De igual manera, expone que no existe prueba alguna que permita inferir que el demandante haya prestado de manera personal sus servicios profesionales, por cuanto lo único que se aporta es la copia de las distintas órdenes de prestación de servicios, que no resultan suficientes para deducir que este elemento se haya presentado. No debe olvidar el Juzgador que, el Consejo de Estado ha expresado que existe determinada flexibilidad en lo que a la subordinación refiere en tratándose de docentes, de tal suerte que tal subordinación se tiene como ínsita en el ejercicio de la labor; no obstante, tal presunción no se ha extendido de modo alguno a la prestación personal del servicio, siendo entonces objeto de prueba por parte del accionante, de conformidad con lo normado por el art. 177 del Código de Procedimiento Civil. A lo expuesto agregó que no está de acuerdo con que se hubiese colegido la subordinación o dependencia con relación al municipio, ya que si bien es cierto, la demandante desempeñó la docencia, dentro de instituciones del orden municipal, no lo es menos, que el desarrollo de la actividad educativa está previsto por directrices del Ministerio de Educación Nacional.

Por otra parte, argumenta que en virtud de las pruebas obrantes en el proceso, en especial el certificado de historia laboral y las sendas copias de las ordenes de servicio entre el señor Amaury Francisco Gómez Flórez y el municipio de Sincelejo, tenemos que, su último contrato de prestación de servicios data del 19 de octubre de 2003, después de 9 años -año 2012- y sólo hasta el 19 de octubre de 2012 solicitó ante la administración el pago de las acreencias prestacionales derivadas del reconocimiento de la relación laboral, luego entonces, conforme al planteamiento de la Sección Segunda del Consejo de Estado, la que ha accedido al restablecimiento del derecho sólo en los casos en que la parte demandante haya reclamado ante la administración "máximo dentro de los 3 años siguientes a su retiro y luego haya acudido en término ante esta jurisdicción", interpretación que es compartida, en la medida que no es admisible premiar a los demandantes desinteresados que reclaman el pago de acreencias laborales muchos años después

de que se han hecho exigibles. En este caso, el demandante presentó la reclamación después de 9 años.

1.7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA:

-PARTE DEMANDANTE (Fol. 24-26 Cuaderno # 2).

El extremo activo en el escrito de alegatos reiteró los argumentos esgrimidos en el libelo demandatorio.

-PARTE DEMANDADA (Fol. 27-31 Cuaderno # 2)

En el escrito contentivo de los alegatos de cierre, la entidad encartada replica las razones contenidas en el recurso de alzada.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A., en Segunda Instancia.

Se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto.

2.1. PROBLEMAS JURÍDICOS

Con fundamento en los anteriores planteamientos de las partes y la argumentación del demandado apelante, entra la Sala a dilucidar los siguientes problemas jurídicos:

¿Puede un municipio vincular como docente a una persona a través de contrato de prestación de servicios, o por el contrario, de hacerlo, está vulnerando al

vinculado los derechos laborales, propios de una relación laboral pública?

¿Se logra probar de manera fehaciente la prestación personal del servicio docente con el aporte de las órdenes contentivas de tal objeto?

¿Cómo contabiliza el término de prescripción de los derechos laborales derivados de la relación laboral como realidad?

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, la Sala abordará los siguientes temas: **i)** El principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales públicas, **ii)** El caso concreto. Se resalta que al abordar el estudio las particularidades del caso bajo juzgamiento, se analizará el tema de la prescripción de los derechos derivados de la vinculación laboral como realidad.

2.2. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN LAS RELACIONES LABORALES PÚBLICAS:

El tema en debate, no ha sido pacífico al interior de la jurisprudencia del CONSEJO DE ESTADO, partiendo de la base que en múltiples ocasiones la administración contrata a su personal a través del contrato estatal de prestación de servicios profesionales, para lo que efectivamente se encontraba facultado de acuerdo con el Decreto 222 de 1983 "*Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones"* y posteriormente conforme el artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993, **pero resulta innegable que igualmente el artículo 53 de la C.P., consagra como principios en toda relación laboral el de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales y el de primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.**

Así pues, encontramos como la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del CONSEJO DE ESTADO, a través de la providencia radicada IJ0039 de 2003, dio prevalencia a la norma de la contratación estatal. En los apartes más importantes de

esta providencia, dijo el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa:

> *"En el aparte transcrito la norma señala el propósito de dicho vínculo contractual, cual es el de que se ejecuten actos que tengan conexión con la actividad que cumple la entidad administrativa; además, que dicha relación jurídica se establezca con personas naturales, bien sea cuando lo contratado no pueda realizarse con personal de planta, lo que a juicio de la Sala acontece, por ejemplo, cuando el número de empleados no sea suficiente para ello; bien sea cuando la actividad por desarrollarse requiera de conocimientos especializados.*
>
> *Resulta, por consiguiente, inadmisible la tesis según la cual tal vínculo contractual sea contrario al orden legal, pues como se ha visto, éste lo autoriza de manera expresa."*[2]

No obstante la anterior posición se tornó en una decisión aislada, dado que con posterioridad y de manera reiterada, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso del Consejo de Estado, retomó su postura inicial, la cual se resume que de existir una prestación personal de un servicio, una remuneración y la subordinación o dependencia, existe una verdadera relación de trabajo, por lo que da prevalencia a los principios constitucionales ya mencionados. Sobre este punto, esta Judicatura trae a colación, la siguiente providencia, la que por su riqueza conceptual se transcribe *in extenso*:

> *"2.1 <u>El contrato de prestación de servicios y la teoría de la relación laboral.</u> La Constitución Política de 1991, contempló en el Capítulo II, de la función pública, lo siguiente:*
>
> *"Art. 122.- 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. (Inc. 1º)... "*
>
> *"Art. 125 Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (…)".*
>
> *De acuerdo con las citadas normas, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal).*

---

[2] CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: NICOLÁS PAJARO PEÑARANDA. Sentencia del 18 de noviembre de 2003. Radicación número: 17001-23-31-000-1999-0039-01(IJ). Actor: MARÍA ZULAY RAMÍREZ OROZCO. Demandado: DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL.

Si en el caso de los contratos de prestación de servicios se llegan a desdibujar sus elementos esenciales, corresponderá decidir, ya sea a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público.

Respecto a la carga probatoria que tiene quien pretenda obtener a su favor los beneficios del contrato de trabajo, vale la pena, traer a colación las orientaciones señaladas por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 1º de junio de 2004, con radicación 21554:

"Es verdad que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la presunción de que toda relación de trabajo personal se entiende regida por un contrato de trabajo, frente a la cual la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sido del criterio de que quien la alegue en su favor tiene que demostrar la prestación personal del servicio para entenderse cobijada por ella, mientras que al beneficiario de dicha prestación es a quien le corresponde desvirtuar que en la misma no existe el elemento de la subordinación (subrayas de la Sala).
…
2.3 Limitaciones legales a la utilización del contrato de prestación de servicios.
…
Como puede observarse, el ordenamiento jurídico ha previsto no sólo la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, sino que también sanciona al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal.

2.4 Solución judicial a la utilización fraudulenta del contrato de prestación de servicios.

La jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de esta Corporación han acudido a principios constitucionales en la solución de controversias que tienen que ver con relaciones laborales o legales y reglamentarias disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios, las cuales se realizan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras.

En la práctica, cuando el Legislador utilizó la expresión "En ningún caso... generan relación laboral ni el pago de prestaciones sociales" no consagró una presunción de iure o de derecho, que no admite prueba en contrario, puesto que el afectado, como ya se vio, podrá demandar por la vía judicial competente el reconocimiento de la existencia de la vinculación laboral y, por consiguiente, el pago de las prestaciones sociales a que haya lugar.

***El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales,** previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias*

que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado. [3]

Adicionalmente, el artículo 25 constitucional, establece que ***el trabajo es un derecho fundamental*** *que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.*

En sentencia de fecha 18 de noviembre de 2003[4]*, la Sala Plena del Consejo de Estado abordó el tema de los contratos de prestación de servicios y en aquella oportunidad negó las pretensiones de la demanda porque se acreditó en el plenario que en la ejecución de las órdenes suscritas por la parte actora se encontraba presente el elemento "coordinación". No obstante, esta pauta jurisprudencial no resulta aplicable en los eventos en los cuales se acuda al elemento "subordinación" aspecto trascendente que como se anotó requiere ser acreditado fehacientemente, en la tarea de desentrañar la relación laboral, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.*

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

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia,[5] *para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.*

Posteriormente, en sentencia del 28 de julio de 2005, Exp. 5212-03, con ponencia del doctor Tarcisio Cáceres Toro, se efectuó un análisis de la forma de vinculación de los empleados públicos, precisando que "para que una persona natural ***desempeñe un EMPLEO PÚBLICO, EN CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO (RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA)*** *que se realice su* ***ingreso al***

---

[3] *Ibídem.*
[4] Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ 0039-01, M.P.: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Demandante: María Zulay Ramírez Orozco.
[5] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

servicio público *en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir,* ***requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión****, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Con ello la* ***persona nombrada y posesionada*** *es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente. Ahora, muy excepcionalmente se da el caso de los* ***FUNCIONARIOS DE HECHO****, donde estos requisitos para el ingreso al empleo no se cumplen satisfactoriamente y cuyas repercusiones en diferentes campos del derecho han sido analizadas; para esta figura es indispensable la EXISTENCIA DEL EMPLEO, lo cual implica que esté previsto en la respectiva PLANTA DE PERSONAL" (negrilla y subrayados originales del texto).*

Y en sentencia de 15 de junio de 2006[6], esta Subsección precisó que "cuando existe contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional".
(…)

"En consecuencia, ***se reconocerá una indemnización por las prestaciones sociales dejadas de percibir****, para cuya liquidación se tomará como base el valor del respectivo contrato u orden de prestación de servicios" (resaltado de la Sala).*

Recientemente, esta Sección modificó la tesis que reconocía al contratista que lograba demostrar los elementos de la relación laboral las prestaciones sociales dejadas de percibir a "título de indemnización", considerando que las mismas se otorgan a título de "reparación del daño", sin que por ello se convierta automáticamente en un empleado público:

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

(…)

Por lo anterior, los derechos que por este fallo habrán de reconocerse, se ordenarán no a título de indemnización, como ha venido otorgándose de tiempo atrás, sino como lo que son: el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con el pago de las cotizaciones correspondientes, aspectos éstos que no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación…[7].'[8]

---

[6] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", radicación No. 2603-05, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.
[7] Consejo de Estado. Sección Segunda, Sent. del 19 de febrero de 2009. Rad. 3074-05. C.P, Bertha Lucía Ramírez de Páez.

De la extensa cita traída a colación, podemos concluir que la posición del Consejo de Estado, privilegia la aplicación de las normas constitucionales sobre protección al trabajo, al trabajador y los derechos irrenunciables de este, garantía dentro de la cual se encuentra la de la prevalencia de la realidad sobre la forma, posición que es claramente compartida por este Cuerpo Colegiado, dado que nos encontramos frente a unas normas superiores que consagran los derechos mínimos que deben gozar todos los trabajadores y por tanto cualquier interpretación que se haga de las fuentes inferiores, deben respetar y guardar coherencia con los artículos 25 y 53 constitucionales.

Teniendo en cuenta el análisis normativo y jurisprudencial realizado, pasa esta Corporación a estudiar:

3. EL CASO CONCRETO:

En el *sub lite* tenemos que a folio 61 del cartulario se allegó el formato único para expedición de certificados de historia laboral perteneciente al señor AMAURY FRANCISCO GÓMEZ FLÓREZ, del cual se puede inferir razonablemente que el actor estuvo vinculado mediante órdenes de prestación de servicios con el

---

[8] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia del 1 de julio de 2009. Radicación número: 47001-23-31-000-2000-00147-01(1106-08). Actor: JOSÉ DOLORES OROZCO ALTAMAR. Demandado: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION Y CORPES.
En igual sentido y citando solo a título de ejemplo, la Sala trae a colación las siguientes providencias, siendo incontable el universo existente de ellas:

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. CONSEJERO PONENTE JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE. Sentencia del 23 de agosto de 2007. EXPEDIENTE No. 05001233100019980389 6-01. No. INTERNO: 8053-2005. AUTORIDADES MUNICIPALES. ACTOR: GUSTAVO DE JESÚS CARVAJAL RODRÍGUEZ.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A.CONSEJERO PONENTE: JAIME MORENO GARCIA. Sentencia del 28 de febrero de 2008. REF: EXP. No. 68001-23-15-000-2001-00688-01 No. Interno: 1064-07 P2. AUTORIDADES MUNICIPALES. ACTOR: MARIA ISABEL REDONDO SERRANO.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. CONSEJERO PONENTE: DR. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Sentencia del 21 de octubre de 2009. Expediente No. 05001-23-31-000-2001-03454-01. No. Interno: 2725-08 P3. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: JESÚS ALBINO SALDARRIAGA MOLINA.

MUNICIPIO DE SINCELEJO en calidad de docente en las siguientes épocas:

TIPO DE VINCULACIÓN	TÉRMINO
1. Orden de prestación de servicios	Desde 16-02-2000 al 30-11-2000
2. Orden de prestación de servicios	Desde 01-02-2001 al 30-11-2001
3. Orden de prestación de servicios	Desde 01-02-2002 al 30-11-2002
4. Orden de prestación de servicios	Desde 13-01-2003 al 19-10-2003

A la conclusión precedente, esta es, la vinculación del actor con el MUNICIPIO DE SINCELEJO en calidad de docente, también se arriba de conformidad con las diferentes órdenes de prestación de servicios suscritas por la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo, que reposan en el plenario a folios 53 a 60 y 169 a 176 del Cuaderno Principal.

Así entonces, para esta Sala de Decisión no hay asomo de duda, en cuanto que, existieron varias órdenes que pretendían vincular de manera irregular la prestación de los servicios del accionante al MUNICIPIO DE SINCELEJO, en su calidad de docente, dado que claramente estos trabajos son propios e inherentes a la labor permanente relacionada con el servicio público de educación a cargo del mentado ente territorial a través de sus establecimientos educativos, por lo que el mismo utilizó diversas formas como es el contrato u orden de prestación de servicios, para que se prestaran las servicios propios de la labor de un empleado público, como son los docentes de los centros educativos públicos.

Por lo anterior, para esta Colegiatura, claramente en los mencionados períodos de contratación irregular, el accionante prestó sus servicios de tipo personal al municipio encartado, recibiendo como contraprestación el correspondiente pago[9],

[9] De conformidad con las documentales que descansan a folios 62 a 63, se tiene que durante los años de 2000, 2001, 2002 y 2003 percibió por su vinculación con el ente territorial encartado, una asignación básica mensual en el monto relacionado para cada año.

siendo el objeto los mismos –se reitera-, prestar los servicios como docente en los establecimientos educativos públicos del MUNICIPIO DE SINCELEJO.

Así las cosas, baste solo por analizar el tema de la subordinación. En este aspecto, es importante traer a colación, la siguiente providencia del Consejo de Estado sobre el tema:

> *"Sin embargo, para la Sala resulta especialmente distinta la situación de los educadores que laboran en establecimientos públicos de enseñanza por medio de contratos de prestación de servicios, pues respecto de ellos tales exigencias deben observarse en forma más flexible, como quiera que la subordinación y la dependencia se encuentran ínsitas en la labor que desarrollan; es decir, son consustanciales al ejercicio docente.*
>
> *En efecto, la Ley 60 de 1993 permitió la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, pero ella no derogó el Decreto 2277 de 1979 artículo 2° que dispone:*
> …
> *Esta definición de labor docente, que es aplicable a todos los maestros, aún si éstos laboran por hora cátedra, fue reafirmada por el artículo 104 de la Ley General de Educación (115 de 1994) al prever que "El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos... ". los cuales están sometidos permanentemente a las directrices emitidas por las autoridades educativas, que son el Ministerio de Educación y las Secretarías de Educación, así como a su inspección y vigilancia, y no gozan de autonomía, en cuanto a que si requieren una permuta, un traslado, un otorgamiento de permiso, etc. necesitan la autorización de las autoridades locales, que son las que administran la educación conforme el Estatuto Docente y la Ley 60 de 1993, a través de su respectiva Secretaría de Educación. (arts. 106,153 Y 171 Ley 115 de 1994).*
>
> *De lo anterior se infiere que la labor docente no es independiente, sino que pertenece a su esencia el hecho de que el servicio se preste personalmente, esté subordinado al cumplimiento de los reglamentos educativos, a las políticas que fije el Ministerio de Educación al Municipio para que administre dicho servicio público en su respectivo territorio, al pensum académico y al calendario escolar, y siempre corresponde a aquella que de ordinario desarrolla la administración pública a través de sus autoridades educativas, pues no de otra manera puede ejercerse la enseñanza en los establecimientos públicos educativos, sino por medio de los maestros.*
>
> *En efecto, el artículo 45 del Decreto 2277 de 1979 o Estatuto Docente señala que a los docentes les está prohibido abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorización previa, y en el artículo 44, se encuentran dentro de sus deberes:*
> …
>
> *Ahora bien, sobre el horario que deben desarrollar los docentes, el artículo 57 del decreto 1860 de 1994, reglamentario de la Ley 115 de 1994, establece que el calendario académico*

de todos los establecimientos educativos estatales y privados tendrán una sola jornada diurna, y que la semana lectiva tendrá una duración promedio mínima de 25 horas efectivas de trabajo en educación básica primaria y de 30 horas en educación básica secundaria y en el nivel de educación media. Y lo cierto es que esta Sección ha aceptado, en fallos como el del 5 de agosto de 1993, exp. 6199, M.P. Clara Forero de Castro, que el horario normal de trabajo de los maestros es el que corresponde a la jornada de los planteles educativos de enseñanza donde laboran "a fin de cumplir con el pensum señalado a este nivel de educación, independientemente de su intensidad horaria".

Así mismo, en relación con la contraprestación que recibía a cambio de dicha labor, se tiene que recibía una suma mensual, como se puede inferir de los contratos que reposan en el plenario. En consecuencia, a la Sala no le cabe la menor duda que la demandante prestaba sus servicios profesionales y personales para el desarrollo de funciones que correspondían al giro ordinario de la administración municipal; en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente propias del magisterio como docente, relacionadas con la formación integral de la comunidad escolar, dentro de un horario preestablecido, y a cambio de una contraprestación, que en este caso, consistía en un sueldo mensual."[10]

Teniendo en cuenta lo expuesto, las labores docentes desempeñadas por GÓMEZ FLÓREZ, llevaron consigo la subordinación o dependencia[11], no siendo de recibo el argumento planteado por el apelante en torno a que este elemento de la relación laboral se generó respecto del Ministerio de Educación Nacional y no del ente territorial demandado, ya que, si bien es cierto el desarrollo de la actividad educativa está previsto por directrices del referido Ministerio, existe plena claridad en lo atingente a que no fue tal institución, quien contrató los servicios del

[10] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A". CONSEJERO PONENTE: DR. JAIME MORENO GARCÍA. Sentencia del 28 de febrero de 2008. REF: EXP. No. 68001-23-15-000-2003-00911-01 No. Interno: 0702-07 P3. AUTORIDADES MUNICIPALES. ACTOR: DEICY YOLIMA RAMÍREZ DÍAZ.

[11] Los criterios esbozados respecto de la subordinación de la labor docente fueron reiterados por el H. Consejo de Estado, en los siguientes pronunciamientos:

- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B CONSEJERO PONENTE: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá D.C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil diez (2010) REF: EXPEDIENTE No. 150012331000199900638 01 No. INTERNO: 0806-2010 AUTORIDADES DEPARTAMENTALES ACTORA: MARLENE MORALES OLMOS
- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "A" Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON Bogotá D.C., veinte (20) de enero de dos mil once (2011) Radicación número: 08001-23-31-000-2003-00454-01(0015-08) Actor: LEVIS PATRICIA CUENTAS MARTES Demandado: SECRETARIA DE EDUCACION, CULTURA Y DEPORTE DE BARRANQUILLA
- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ Bogotá, D. C., dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012) Radicación número: 69001-23-31-000-2003-02588-01(1961-11) Actor: MARIA EDILMA BARRERA REYES Demandado: MUNICIPIO DE PIEDECUESTA

demandante, de donde no se puede inferir que exista una relación jurídica que lo conecte de manera directa con el actor, ya que si se observan las órdenes de prestación de servicios suscritos entre el MUNICIPIO DE SINCELEJO, y el hoy actor, así como los demás documentos allegados al expediente, se nota claramente que el único contratista es el ente demandado, en ninguno de los apartes de las pruebas obrantes, se vislumbra una posible participación legal del Ministerio de Educación Nacional en la contratación del libelista.

Así entonces, por lo decantado en precedencia, en el presente caso, han de entenderse superados todos los elementos para configurar una verdadera relación de trabajo entre el MUNICIPIO DE SINCELEJO y el demandante, en los tiempos discriminados en el cuadro antes transcrito.

En este punto de los considerandos, cabe hacer mención por parte de este dispensador de justicia respecto del argumento esgrimido por el recurrente, referente a que dentro del presente asunto no se logró demostrar la prestación personal del servicio por parte del demandante a favor del MUNICIPIO DE SINCELEJO.

Pues bien, en los hechos 1 y 4 del libelo introductorio se consignó por parte del apoderado demandante, lo siguiente:

> *"PRIMERO: El señor: AMAURY FRANCISCO GÓMEZ FLÓREZ, identificado con C.C. No: 92.256.292 de Sincelejo, quien fue contratado por la modalidad de órdenes de prestación de servicios, como docente en el Municipio de Sincelejo, en las siguientes fecha (sic) desde el 16 de febrero del 2000 hasta el día 19 de Octubre (sic) de 2003.*
>
> ….
>
> *CUARTO: Que entre mi representado y el Municipio de Sincelejo, surgió una relación de carácter laboral, pues se han dado los requisitos para ello tales como: prestación personal del servicio, subordinación y un salario como contraprestación, entre otras al igual que quienes se encuentran nombrados en propiedad*
>
> …"

Los descritos supuestos fácticos, tal y como se indicó en líneas superiores, considera esta Corporación que se encuentran plenamente acreditados, ya que se allegaron por parte del demandante, el certificado de tiempos de servicios prestados a través de órdenes de prestación de servicios y demás documentales, de las cuales se desprende el objeto de la prestación del servicio docente que debía llevar a cabo AMAURY FRANCISCO GÓMEZ FLÓREZ. En consecuencia, si el MUNICIPIO DE SINCELEJO quería desacreditar tal elemento de la verdadera relación laboral que subyacía con el contratista, debió probar que tal aseveración no resultaba cierta, situación que dentro del discurrir procesal no aconteció.

Adicionalmente, la prestación personal del servicio ha de inferirse de manera directa de la naturaleza *intuitu personae* de las órdenes suscritas con la entidad estatal, dado que de forma clara el estatuto contractual consagra dicha calidad en su artículo 41[12], razón adicional para desechar la argumentación planteada en torno a la inexistencia de prueba de la prestación efectiva del servicio, pues esta ha de deducirse del texto mismo de los documentos allegados y de la naturaleza del vínculo pactado.

Por último, menester es emitir pronunciamiento en torno a la prescripción de los derechos laborales, y a fin de dar respuesta expresa a lo manifestado por la parte apelante que presenta una decisión judicial que interpreta la existencia de este fenómeno de extinción de los derechos sustanciales de contenido laboral para los casos de contrato realidad, la Sala hará un análisis de la normativa y la jurisprudencia sobre el tema:

El tema de la prescripción de los derechos de contenido laboral, lo encontramos regulado en el ámbito del derecho público, en los artículos 102 del Decreto 1848 de

---

[12] La Ley 80 de 1993 *"Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública",* consagra:

"*ARTÍCULO 41. DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO.*
…
Los contratos estatales son intuito personae y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante.
…"

1969 y 41 Decreto 3135 de 1968, normas del siguiente tenor literal:

> *"Artículo 102º.- Prescripción de acciones.*
>
> 1. *Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*
> 2. *El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual."* (Subrayado de la Sala para destacar)
>
> *"Artículo 41º.- 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."* (Subrayado de la Sala para destacar)

Del aparte resaltado, se ha interpretado que en tratándose de derechos que exigen su declaración para hacerse valer, es decir, que la sentencia que se emite constituye el derecho, el término de prescripción solo empieza a correr cuando se expide la sentencia que lo constituye. A igual interpretación se llega, aplicando el artículo 2535 del C.C.[13] que consagra la prescripción extintiva de las acciones, en términos generales, dado que el inciso segundo de forma clara consagra que la misma cuenta a partir de la exigibilidad de la obligación, lo que solo ocurre a partir de la sentencia que declara judicialmente la existencia del derecho.

Partiendo de las anteriores normas, la Sala Plena de la Sección Segunda, de la Sala Contencioso Administrativa del CONSEJO DE ESTADO, a través de providencia que pretendió unificar el tema de la prescripción de los derechos laborales, indicó que en este tipo de procesos solo se causa a partir de la fecha en que es declarado

---

[13] *"ARTICULO 2535. PRESCRIPCION EXTINTIVA. La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.*

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible."

judicialmente[14], es decir, solo existe el mismo a partir de la declaratoria judicial que de él se haga. Se resalta, que como se aclara a pie de página 20, esta posición es reiterada en decisiones posteriores de las subsecciones que conforman la Sección Segunda del Consejo de Estado. De la decisión de la Sala Plena de la Sección Segunda, se resalta el siguiente aparte:

> *"Esta Sala en anteriores oportunidades, ha declarado la prescripción trienal de los derechos que surgen del contrato realidad, aceptando que dicho fenómeno se interrumpe desde la fecha de presentación de la solicitud ante la Entidad demandada. Sin embargo, en esta oportunidad replantea este criterio por las razones que a continuación se explican:*
>
> *De conformidad con algunos estatutos que han regido esta materia, los derechos prescriben al cabo de determinado tiempo o plazo contado a partir de la fecha en que ellos se hacen exigibles, decisión que se adopta con base en el estatuto que consagra dicho fenómeno. (Vr. Gr. Dto. 3135/68 art. 41)*
>
> *En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.*

---

[14] *"Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria."* CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. CONSEJERA PONENTE: BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia del 19 de febrero de 2009. REF.: EXPEDIENTE No. 73001233100020000344901. No. INTERNO: 3074-2005. AUTORIDADES NACIONALES. ACTORA: ANA REINALDA TRIANA VIUCHI.

En igual sentido: *"Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.*[14]

Por lo tanto, entendiendo que el término trienal de prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada, es justamente a partir de este momento que se contarían los tres (3) años de prescripción de los derechos de la relación laboral hacía el futuro, situación que operaría en caso de que continuara la relación laboral, empero como el sub-lite se contrae al reconocimiento de situaciones anteriores no existe prescripción pues la obligación, como se dijo, surge con la presente sentencia." CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "B". CONSEJERA PONENTE: DRA. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia del 11 de marzo de 2010. REF: EXPEDIENTE No. 18001233100020040008002 No. INTERNO 0114-2008. AUTORIDADES MUNICIPALES. ACTOR: DINA LUZ VÁSQUEZ MARTÍNEZ.
Igualmente, ver: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "A". Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Sentencia del 4 de marzo de 2010. Radicación número: 85001-23-31-000-2003-00015-01(1413-08). Actor: ERIKA MARIA NOVOA CABALLERO. Demandado: CAPRESOCA E.P.S.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria."

Es importante resaltar en este punto, que el nuevo C.P.A.C.A., otorgó un valor adicional a las sentencias de unificación jurisprudencial, entendidas como tales a la luz de los artículos 270 y 271 de la obra procesal en comento, las siguientes decisiones judiciales del CONSEJO DE ESTADO, expedidas antes o después de la vigencia del código del 2011:

- Las expedidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del CONSEJO DE ESTADO por importancia jurídica o trascendencia económica o social.
- Las proferidas al decidir los recursos extraordinarios (Revisión y unificación de la jurisprudencia).
- Las dictadas al ejercer el mecanismo de eventual revisión de acciones populares y de grupo.
- Las dictadas por la Sección en pleno que provengan de las Subsecciones. En este punto se aclara que las secciones 2 y 3 funcionan a través de subsecciones y por ello las decisiones proferidas por la sección en pleno, igualmente se consideran de unificación (inciso 2 del artículo 27 del C.P.A.C.A.).

Si bien, existen una serie de decisiones posteriores del CONSEJO DE ESTADO, quien en conocimiento de acciones de tutela[15] y en acciones ordinarias[16], predican la

[15] En este punto, se encuentran las siguientes decisiones que avalan la posición de declarar la prescripción

existencia de la prescripción en forma diferente, por el transcurso del tiempo de tres años después de dejar de prestar el servicio, sin que el accionante eleve solicitud ante la autoridad administrativa. De la última sentencia traída a colación, la Sala extracta el siguiente aparte:

> *"En esta oportunidad, la Sala debe precisar que si bien la anterior es la tesis que se aplica en la actualidad y, en efecto, se reitera que el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; también lo es que el particular debe reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de su relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama.*
>
> *Lo anterior quiere decir que si finiquitó la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan."*

Por lo expuesto y ante las múltiples posiciones existentes sobre el punto, es al juez en su autonomía quien debe definir la forma de interpretar el derecho, por lo que esta Sala acoge el criterio de la inexistencia de prescripción en el tema del contrato

---

de los derechos laborales cuando se reclama a la administración por fuera del plazo de los tres años, contados estos desde que se dejó de prestar el servicio:

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN "B". CONSEJERA PONENTE: BERTA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia del 4 de julio de 2013. Radicación No.: 11001031500020130101500. Actor: JESÚS BAYONA GÓMEZ. Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN "A". CONSEJERO PONENTE: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Sentencia del 6 de septiembre de 2013. Radicación No.: 11001031500020130166200. Actor: ROSA ISMETNIA MORENO DE PALACIOS. Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCÓ.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN "A". CONSEJERO PONENTE: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Sentencia del 30 de octubre de 2013. Radicación número: 11001031500020130208300. Actor: ANA FRANCISCA VARGAS DE QUINTERO. Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER Y OTRO. Acción de Tutela.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Magistrado ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Sentencia del 16 de diciembre de 2013. REF.: Expediente Nº 11001031500020130101501. Demandante: Jesús Bayona Gómez. Demandado: Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

[16] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUB SECCIÓN "A". CONSEJERO PONENTE: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Sentencia del 9 de abril de 2014. Radicación No. 20001 23 31 000 2011 00142 01 (0131-13). APELACIÓN SENTENCIA. AUTORIDADES DEPARTAMENTALES. ACTOR: ROSALBA JIMÉNEZ PÉREZ y OTROS.

realidad, por las siguientes razones que se exponen en ejercicio de la independencia y autonomía de la función judicial:

1. En primer lugar, el texto mismo de la norma a interpretar, ya traída a colación y contenida en los artículos 102 del Decreto 1848 de 1969 y 41 Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 2535 del C.C., consagran la forma en que debe contarse el término extintivo de los derechos laborales, empezando solo a correr desde el momento en que la obligación se hace exigible, la que en casos de contrato realidad, nace con la sentencia, al ser la misma constitutiva del derecho que se reclama, pues antes de la declaratoria judicial el derecho pretendido no existe y por ello esta posición respeta el tenor literal de la norma.

2. En caso de que la norma genere duda en su interpretación, la misma debe solventarse a favor del trabajador, en aplicación del principio general del derecho laboral del *in dubio pro operario*, consagrado en el artículo 53 de la C.P.

3. Con fundamento en el mismo principio, toda interpretación que se haga de las fuentes formales del derecho, y la jurisprudencia lo es conforme lo consagra el C.P.A.C.A. y lo ha interpretado de forma unánime la Corte Constitucional[17], debe realizarse a favor del trabajador, por lo que existiendo posiciones jurisprudenciales que soportan las dos interpretaciones estudiadas (la prescripción de los derechos y la no prescripción de los mismos) debe aplicarse la que favorece el derecho del trabajador en discusión, es decir, para el caso concreto la no prescripción de los derechos laborales de los trabajadores que fueron contratados de manera irregular a través de un contrato de prestación de servicios.

4. Existe una decisión de unificación, de la Sala Plena de la Sección Segunda del CONSEJO DE ESTADO, que se inclina hacia la no prescripción de los

[17] Ver, entre otras, sentencias C-836 DE 2001 y relacionada con la obligatoriedad de las sentencias de unificación del CONSEJO DE ESTADO, la sentencia C-634 DE 2011.

derechos, sin condiciones adicionales a las puestas en las decisiones posteriores de la reclamación del derecho ante la administración en el término de prescripción, decisión aquella que posee más peso que las decisiones de las subsecciones, tal como lo consagra el artículo 271 del C.P.A.C.A., ya estudiado.

5. Por último, el argumento adicionado en las sentencias de tutela y el fallo ordinario citados en los pies de página 21 y 22 de esta providencia, que condicionan la no prescripción a la reclamación dentro de los tres años siguientes a la terminación del vínculo, están creando condiciones que no consagran las normas que regulan la prescripción y a la larga concluyen en que sí existe la extinción de los derechos por el transcurso del tiempo, en franca oposición al tenor literal de las normas ya estudiadas.

Por lo tanto, para este operador judicial, en tratándose de la prescripción de los derechos pretendidos en los conflictos relacionados con el contrato realidad, no existe término de prescripción ni para reclamar ante la administración, ni para ejercer la acción ante la jurisdicción, en donde se pretenda lo mismo, pues los derechos solo existen a partir de la declaración judicial que de ellos se haga, razón por la que en el caso bajo estudio no existe la prescripción pretendida, motivos por los que la providencia impugnada debe confirmarse.

3.1. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS:

Se condenará a la parte recurrente que no le prosperó el recurso, el demandado, al pago de las costas correspondientes a esta instancia, de conformidad con lo consagrado en los artículos 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. En firme la presente providencia, ordénese que por el *A quo* se realice la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

4. CONCLUSIÓN

A guisa de conclusión, el Tribunal considera que los actos administrativos contenidos en el Oficio 1.8.1836.11.2012 de fecha 7 de noviembre de 2012, Oficio 1.8.1857.11.2012 del 15 de noviembre de 2012 y en la Resolución 3144 del 20 de diciembre de 2012, expedidos por el Secretario de Educación y Cultura y el alcalde municipal de Sincelejo, respectivamente, vulneraron las normas pretendidas por la parte actora, por lo que su presunción de legalidad se desvirtuó; por tanto se dispondrá la **CONFIRMACIÓN** de la sentencia de primera instancia que acogió las pretensiones de la demanda.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia proferida por el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, de fecha 6 de mayo de 2014, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandada apelante. En firme la presente providencia, por el *A-quo,* **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue estudiado, discutido y aprobado por la Sala en sesión del día de hoy, según Acta N° 140

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ