



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintiocho (28) de noviembre de dos mil catorce (2014)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-005-2013-00186-01
DEMANDANTE: GLORIA ESTHER ROMERO CHÁVEZ
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SINCELEJO
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación, interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de julio 16 de 2014, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, accedió las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

La señora **GLORIA ESTHER ROMERO CHÁVEZ**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra del **MUNICIPIO DE SINCELEJO - SUCRE**, con el fin de que se decrete la nulidad de los actos administrativos contenido en los oficios Nos. 1.8.1836.11.2012 de noviembre 7 de 2012; 1.8.1857.11.2012 de noviembre de 2012 y en la Resolución No. 3144 de diciembre 20 de 2012, todos proferidos por el ente municipal demandado.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó, que se le reconozca la existencia de una relación laboral entre ésta y el Municipio de Sincelejo y producto de ello, se ordene el pago de todas las prestaciones sociales

¹ Folio 2-3, del cuaderno de primera instancia.

indexadas, conforme a las que perciben los docentes vinculados legal y reglamentariamente en ese ente territorial, tales como, auxilio de transporte, las primas de alimentación, de vacaciones, de navidad, cesantías, intereses de cesantías, dotación, salud, pensión.

El reconocimiento, pide, sea actualizado, de conformidad con lo previsto en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 y que se ordene en el respectivo fallo, que la prestación del servicio se ha dado, sin solución de continuidad, para todos los efectos legales y prestacionales, especialmente, en materia pensional, los que deberán ser consignados al fondo respectivo, junto con los intereses y sanciones a los que haya lugar.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

Se resumen de la siguiente manera:

Indicó la actora, que fue contratada bajo la modalidad de órdenes de prestación de servicio, como docente en el Municipio de Sincelejo, desde el 1º de febrero de 1994, hasta el 1º de marzo de 1998. En el ejercicio de los servicios contratados, cumplió sus labores, en igualdad de condiciones, de los demás docentes nombrados en planta a través de actos administrativos por el Municipio de Sincelejo y bajo la completa dirección y subordinación de la administración municipal, con idéntico calendario y jornada laboral, en relación al resto del personal docente.

Producto de lo anterior, señala, surgió una relación laboral, al configurarse los requisitos para ello, como son: prestación personal del servicio, remuneración y subordinación.

En el tiempo en que estuvo vinculada mediante órdenes de prestación de servicio, no existió solución de continuidad, en la medida que desempeñó sus labores, sin interrupción, durante 4 años. En ese interregno, no le cancelaron los derechos salariales, prestaciones e indemnizatorios a que

² Folios 1-2 y 3-7, cuaderno de primera instancia.

tenía derecho, conforme a las normas laborales, como quiera que entre ésta y la entidad accionada, existió una relación de carácter laboral.

Producto de lo anterior, presentó derecho de petición, resuelto a través de los actos administrativos, que en esta oportunidad se demanda.

Anunció, que las pretensiones de la demanda, fueron objeto de conciliación, en cumplimiento del agotamiento del requisito de procedibilidad, plasmado en la correspondiente acta, donde la administración municipal, dejó sentada su posición, de anular los actos demandados y reparar, ordenando el pago de las prestaciones reclamadas, por cuanto reconoció la existencia de una verdadera relación laboral entre ésta y el ente territorial. Dicho acuerdo, fue establecido en el acta de 5 de junio de 2013, elevada ante el Procurador 104 Judicial I delegado ante los Juzgados Administrativos de Sincelejo, sin embargo, aquél fue improbadado por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante auto de julio 25 de 2013.

Como **soporte jurídico** de sus pretensiones, adujo, preceptos de carácter constitucional, citando el artículo 53 de la Constitución Política y premisas de carácter legal, como son: Ley 21 de 1982, Decreto 1919 de 12002, decreto 45 de 1996, Decreto 1381 de 1997, Ley 115 de 1994, Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 50 de 1990 y la Ley 962 de 2005.

Aunado a lo anterior, citó sendos pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional, en los cuales se hace alusión al principio de la realidad sobre las formalidades, como mecanismo para desnaturalizar los contratos de prestación de servicio.

Concepto de la violación: Expuso la actora, que la figura de orden de prestación de servicio, utilizada por la administración municipal de Sincelejo, ocultaba una verdadera relación laboral, pues, puso a su disposición, toda su actividad personal y fuerza de trabajo, para cumplir a cabalidad las funciones encomendadas.

1.3. Contestación de la demanda³.

El **MUNICIPIO DE SINCELEJO**, presentó la contestación de la demanda, dentro de la oportunidad legal, oponiéndose a cada una de las pretensiones y proponiendo la excepción de inexistencia de relación laboral, en razón a que entre la entidad y la demandante, existió, jurídicamente, una relación contractual, que en el marco de su ejecución, permitió a la demandante, cumplir órdenes y directrices del Ministerio de Educación Nacional, a través de los programas oficiales de enseñanza, por lo que no estuvo bajo la órbita de mando del Municipio de Sincelejo, sino que éste intervino, en cumplimiento de lo estipulado en las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994, de modo que al quedar prestablecido un contrato de prestación de servicio, cuya contraprestación se concebía mediante honorarios y no salarios, mal puede la administración, cancelar prestaciones sociales a favor de la actora, como si la misma tuviese la condición de empleada pública, que son en últimas las que pueden percibir este tipo de emolumentos, excluyéndose de su pago, las personas vinculadas a través de contratos de prestación de servicio.

De igual manera, formuló la excepción de inexistencia de los supuestos fácticos, en que se funda la reclamación de los derechos laborales, por cuanto, no obra prueba en el acervo, que indique que la actora tiene derecho a percibir las prestaciones sociales que reclama, aunado a que tampoco, le asiste el derecho de percibir la prestación social de dotación, en razón a que ésta vino ser aplicada a los empleados territoriales, a partir del año 2002, con el Decreto 1919 de ese año, de suerte que no es posible retrotraer la causación de la misma, a un período en la cual no existía para los empleados mencionados, que para el caso de la accionante, era para el interregno de 1994 a 1998.

³ Ver folios 74-76, cuaderno de primera instancia.

1.4.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de fecha 16 de julio de 2014, decidió acceder a las súplicas de la demanda.

Como fundamento de su decisión, el A quo, luego de referirse a las normas que rigen el servicio de la docencia, citando varios pronunciamientos del Honorable Consejo de Estado e invocando el artículo 53 constitucional, concluyó, que a los docentes vinculados mediante contratos de prestación de servicios, se les debe reconocer a título de reparación del daño, el equivalente a las prestaciones sociales que perciben los docentes oficiales, de la respectiva entidad contratante, tomando el valor pactado en el contrato de prestación de servicio.

Así pues, en el caso de marras, adujo, que de conformidad con los medios probatorios que reposan en el acervo, se deduce, que existieron varios contratos que pretendían vincular, de manera irregular, la prestación del servicio de la actora al Municipio de Sincelejo, en su calidad de docente, dado que esos trabajos, son propios e inherentes a la labor permanente, relacionada con el servicio público de la educación a cargo del mencionado ente territorial y con ello, se encuentra ínsito, el elemento de subordinación, en la medida que las personas vinculadas a la docencia, deben sujetarse a las directrices y políticas que emanen del Ministerio de Educación Nacional y al calendario académico y administración del sector, que realice la respectiva entidad territorial.

En relación a la prescripción de los derechos prestacionales, que emanan de la configuración de una relación laboral, manifestó, que ese fenómeno no opera, toda vez que la sentencia que declara la existencia de esa relación laboral, es constitutiva del derecho, ya que antes de la misma, era una mera expectativa, por ende, no es posible predicarse la prescripción de unos derechos, que al momento de proferir sentencia, no existían y solo aparecen en el mundo jurídico, a partir de la sentencia que los constituyó.

⁴ Folios 158-167, cuaderno de primera instancia.

1.5.- El recurso⁵.

Inconforme con la decisión de primer grado, el Municipio de Sincelejo, interpuso recurso de apelación, contra la sentencia de primera instancia, a fin que sea revocada en esta instancia y en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda.

Los ejes centrales que sustentan el recurso de alzada, básicamente, son:

(i) **Inexistencia del elemento subordinación.** Al respecto afirma, que no hay prueba que indique que la demandante, hubiese tenido la obligación de rendir informe alguno o ceñirse a las políticas de orden local, por ende, no comparte que existiese una subordinación, en relación con el Municipio de Sincelejo, en tanto, que si bien la accionante desempeñó el ejercicio de la docencia, dentro de las instituciones del orden municipal, no lo es menos, que el desarrollo de las actividades educativas, están previstas por directrices del Ministerio de Educación Nacional, al igual que el calendario académico y las jornadas escolares, por ello, no debe asumir la carga prestacional pretendida en esta demanda, por cuanto, le compete al mencionado ministerio, quien es la encargada de coordinar el sistema educativo a nivel nacional, asumirla.

Dice, que no es factible considerar, que el municipio haya fungido como empleador de la demandante, pues, actuó conforme a las competencias dictadas por el legislador, tendientes a subsanar las deficiencias del sector educativo a nivel municipal, con cargo a las autoridades nacionales.

(ii) El otro punto de disconformidad, versa sobre la imposición de **costas procesales**, que en el parecer de la entidad apelante no proceden, pues, las intervenciones y actuaciones del municipio, han sido oportunas y en modo alguno, constituyeron maniobras dilatorias, centrándose siempre, en el debate generado tras la expedición de los actos acusados.

⁵ Folios 173-176, del cuaderno de primera instancia.

(iii) Por último, señaló la **prescripción de los derechos laborales reclamados**, ya que de conformidad con la sentencia de diciembre 16 de 2013, proferida por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Radicado No. 11001-03-15-000-2013-01015-01, C. P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, se tiene que, el restablecimiento del derecho, en eventos de configuración de una relación laboral, producto de la desnaturalización de una vinculación contractual, opera, únicamente, cuando se reclama ante la administración, en el término máximo de 3 años, siguientes al retiro, posición que tiene razón de ser, 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 ese sentido, se advierte, que en el asunto de la referencia, el último contrato de prestación de servicio, que la administración municipal celebró con la actora, data de 1º de marzo de 1998 y la reclamación administrativa, fue elevada el día 19 de octubre de 2012, de suerte que las pretensiones solicitadas en esta oportunidad, están afectadas del fenómeno de la prescripción, en la medida que los derechos laborales derivados de la vinculación laboral, fueron reclamados extemporáneamente, es decir, por fuera del interregno estipulado para hacerlos exigibles, esto es, dentro de los 3 años posteriores a la finalización del último contrato de prestación del servicio.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 23 de septiembre de 2014, se admitió el recurso de apelación, interpuesto por el demandante⁶.
- En proveído de 15 de octubre de 2014, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁷.

⁶ Folio 3, cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 13, del cuaderno de segunda instancia.

- La parte demandante, presentó alegatos de conclusión, manifestando argumentos similares a los expuestos en el libelo de demanda⁸.
- La parte demandada, presentó alegatos de conclusión, reafirmando el punto esbozado en el recurso de apelación, referido a la prescripción de los derechos laborales y añade, temática relacionada con la fuerza vinculante de la jurisprudencia del Consejo de Estado, en vigencia de la Ley 1437 de 2011.
- El señor agente del Ministerio Público, no rindió concepto de fondo.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal es competente, para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2.- Problema jurídico.

Previo a determinar el planteamiento jurídico a resolver, la Sala prevé, que la decisión de segunda instancia, se circunscribirá, estrictamente, frente a los puntos de disconformidad, planteados por el Municipio de Sincelejo – parte apelante –, en el escrito de recurso de apelación, los cuales fueron citados en precedencia, de conformidad con el artículo 320 del CGP⁹, aplicado en virtud de la remisión prevista en el artículo 306 del CPACA.

En ese sentido, y vistos los extremos de la litis, los problemas jurídicos a desatar estriban:

⁸ Folio 21-23, del cuaderno de segunda instancia.

⁹ Artículo 320: “*Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión*”.

(i) ¿Se encuentra acreditada la subordinación, de la señora GLORIA ESTHER ROMERO CHÁVEZ, con respecto al MUNICIPIO DE SINCELEJO, en la prestación del servicio de docente, verificado por la mencionada señora, en los años 1994, 1995, 1996, 1997 y 1998?

(ii) ¿Se encuentran prescritos, los derechos laborales reclamados por la demandante?

(iii) ¿Es procedente la imposición de costas procesales, en contra del MUNICIPIO DE SINCELEJO?

2.3 Análisis de la Sala.

2.3.1.- Docentes vinculados mediante contratos u órdenes de prestación de servicio – subordinación a los entes territoriales – causación de derechos prestacionales.

El ordenamiento jurídico vigente, prevé como forma de vinculación a la administración pública, la que se hace a través de contratos de prestación de servicios, regulados en el Estatuto General de Contratación -Ley 80 de 1993-, modalidad susceptible de uso, en el evento de existir determinadas funciones, que no las puede desarrollar la entidad, a través del personal de planta o en el escenario, en que se requiera conocimientos especializados, para la ejecución del servicio.

Ahora bien, debe decirse que la vinculación contractual antes referida, por regla general, no genera una relación laboral del contratista, respecto de la administración, de modo, que aquél, no percibe salarios y prestaciones sociales a cambio de sus servicios, por el contrario, lo que recibe como retribución, tiene el calificativo de honorarios.

Sin embargo, excepcionalmente, ese contrato, puede desnaturalizarse, en la medida que la administración, lo utilice como mecanismo para encubrir una relación laboral, en el sentido que en el papel se predica la

modalidad contractual celebrada y en la práctica, se muestra la configuración de los tres elementos *sine qua non*, para la materialización del vínculo laboral, como los son: prestación personal del servicio, remuneración y subordinación.

En este escenario, de darse la condición de relación laboral inmiscuida en un contrato de prestación de servicio, el contratista, tiene derecho a percibir y devengar las prestaciones sociales, que se originan en virtud de la existencia de una verdadera relación laboral, en consideración al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades y de favorabilidad, previstos en el artículo 53 de la Constitución Política.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C – 154 de 1997, dijo que: *“en caso de que se acredite la existencia de un contrato de trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio, **se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.**”*

Así pues, el contratista que pretenda acreditar la existencia de una relación laboral, derivada del contrato de prestación de servicio, debe, necesariamente, demostrar, la ocurrencia de los elementos de la relación laboral, específicamente, el que atañe a la subordinación.

En el plano de la docencia, esto es, aquellas personas vinculadas mediante contrato de prestación de servicio, para la ejecución de labores como docente, la valoración de la subordinación, se torna más flexible que en los demás escenarios, pues, ésta, al igual que la dependencia, se encuentran implícitos en las labores que despliegan, toda vez que están sujetos a las políticas y directrices que establecen el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Educación Nacional, como también, **están ligados al ente territorial donde se encuentren adscritos**, dado que la administración de su hoja de vida, permisos, comisiones, licencias,

permutas y salario, están en cabeza de la respectiva Secretaría de Educación certificada.

La anterior conclusión, se funda de la misma definición que le otorga el Decreto 2277 de 1979, a la docencia, que la concibe como el ejercicio de la enseñanza, en planteles oficiales y no oficiales de educación, en los distintos niveles de que da cuenta el mencionado Decreto. Igualmente, son docentes, los que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de conserjería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal, autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo.

Por su parte, el artículo 104 de la Ley 115 de 1994 –Estatuto General de Educación-, prevé, que *“El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos...”*, por tal razón, se considera, que los docentes, 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)¹⁰.

Bajo el anterior panorama, se colige, que la subordinación, en los eventos de la prestación del servicio de la docencia, a través de la modalidad contractual de prestación de servicio, establecida en el estatuto general de contratación, se encuentra ínsita, en la medida que el personal docente, no goza de discrecionalidad, ni mucho menos, de

¹⁰ Tomado de la sentencia del H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, de fecha 6 marzo de 2008, radicado interno 2152-06, C. P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren.

independencia y autonomía, en razón a que sus deberes, no pueden ser objeto de conceso contractual, pues, devienen de un imperativo legal, estipulados en el artículo 44 del Decreto 2277 de 1979, que establece:

“Artículo 44º.- Deberes de los docentes. Son deberes de los docentes vinculados al servicio oficial, Cumplir la constitución y las leyes de Colombia; Inculcar en los educandos el amor a los valores históricos y culturales de la Nación y el respeto a los símbolos patrios; Desempeñar con solicitud y eficiencia las funciones de su cargo; Cumplir las órdenes inherentes a sus cargos que les impartan sus superiores jerárquicos; Dar un trato cortés a sus compañeros y a sus subordinados y compartir sus tareas con espíritu de solidaridad y unidad de propósitos; Cumplir la jornada laboral y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias de su cargo; Velar por la conservación de documentos, útiles, equipos, muebles y bienes que le sean confiados; Observar una conducta pública acorde con el decoro y la dignidad del cargo; Las demás que para el personal docente, determinen las leyes y los reglamentos ejecutivos”.

En ese orden de ideas, el ente territorial, al tener funciones como la administración del calendario escolar y el establecimiento del horario, aunado a la potestad de administrar situaciones administrativas, como lo son, permisos, permutas, comisiones, etc., indefectiblemente, ostenta preeminencia, en términos de subordinación, sobre los docentes adscritos a su planta de personal, de modo que el docente contratista, no tiene mayor problema, en demostrar la subordinación en este tipo de asuntos, dado que por las mismas labores que ejecuta, se presume la sujeción y dependencia, respecto de aquél.

Sobre la particular consideración, el Consejo de Estado, ha dicho¹¹:

“De lo anterior se infiere que pertenece a su esencia de la labor docente el hecho de que el servicio se preste personalmente y esté subordinado al cumplimiento de los reglamentos educativos, a las políticas que fije el Ministerio de Educación, a la entidad territorial correspondiente para que administre dicho servicio público en su respectivo territorio, al pensum académico y al calendario escolar.

¹¹ Ibídem No. 10.

No es entonces la labor docente independiente 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.

Por su parte 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:

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

Con respecto al horario que deben cumplir los docentes, el artículo 57 del Decreto 1860 de 1994, modificado por el Decreto 1850 de 2002 reglamentarios de la Ley 115 de 1994, establece que atendiendo las condiciones económicas regionales y las tradiciones de las instituciones educativas, **las entidades territoriales certificadas expedirán cada año y por una sola vez, el calendario académico para todos los establecimientos educativos estatales de su jurisdicción** teniendo en cuenta los siguientes criterios: Para docentes y directivos docentes: a) Cuarenta (40) semanas de trabajo académico con estudiantes, distribuido en dos períodos semestrales; b) Cinco (5) semanas de actividades de desarrollo institucional; y c) Siete (7) semanas de vacaciones.

La Sala ha concluido, que éste corresponde a la jornada de los planteles educativos de enseñanza donde los maestros laboran "a fin de cumplir con el pensum señalado a este nivel de educación" (Subrayas fuera de texto)

De esta manera, la Sala, no comparte el criterio de la entidad apelante, referido a que quien debe responder lo reclamado, por efectos de la subordinación, es el Ministerio de Educación Nacional, pues, es quien planea y ejecuta directrices y políticas del sector educativo, que incumbe obligatoriamente a los docentes y como Municipio le corresponde, únicamente, sujetarse a lo dispuesto por la ley, ya que, como se dijo, el docente contratista, se sujeta, igualmente, a los mandatos del ente territorial.

2.3.2.- Posición de este Tribunal, respecto a la prescripción de los derechos prestacionales, derivados de la desnaturalización del contrato u orden de prestación de servicios - cumplimiento de las sentencias de unificación conforme la Ley 1437 de 2011.

En caso similar al planteado por la entidad municipal apelante, quien alega la prescripción de los derechos laborales, surgidos a partir de la acreditación de una vinculación laboral, encubierta en un contrato de prestación del servicio, teniendo como apoyo, varios fallos del Consejo de Estado, quien en sede de tutela y en muy pocos asuntos ordinarios, ha sentado la procedencia de esta figura, siempre que la reclamación, se efectúe vencido los tres (3) años posteriores a la finalización del último contrato, este Tribunal, en reciente pronunciamiento, proferido por la Sala Primera de Decisión¹², esbozó y sentó su posición, en el sentido que, en virtud de los parámetros estipulados en la Ley 1437 de 2011, respecto a la obligatoriedad de las sentencias de unificación, debe aplicarse la *ratio decidendi*, prevista en la sentencia de fecha 19 de febrero de 2009, proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en donde se señaló, que los fallos que declaren la configuración de una relación laboral, producto de un contrato de prestación de servicios, son **constitutivos**, por ende, a partir del mismo, emergen los derechos laborales en favor del contratista, a título de reparación del daño, sin que se quiera decir, que por esa situación, ostente la condición de empleado público, de suerte, que desde instante, es

¹² Sentencia de 2 de octubre de 2014, radicación No. 70-001-33-009-2013-00190-01, demandante: Bertha Beatriz Roa de Ortíz y demandado: Municipio de Sincelejo, Medio de Control: Nulidad Y Restablecimiento del Derecho.

posible hacerlos exigibles y no desde antes, pues, éstos no existían, sino hasta la promulgación y ejecutoria de la providencia, que acreditó la ocurrencia del vínculo laboral, en el suceso transcrito.

Para mayor ilustración, se transcriben apartes del fallo de esta Colegiatura, anteriormente mencionado:

"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 judicialmente¹³, 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 14, 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

¹³ "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"

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. 180012331000200400080 02 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.

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.

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 271 del C.P.A.C.A.).

Si bien, como lo expone la entidad demandada apelante, existen una serie de decisiones posteriores del CONSEJO DE ESTADO, quien en conocimiento de acciones de tutela¹⁴ y en acciones ordinarias¹⁵, predicen la 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.”

¹⁴ En este punto, se encuentran las siguientes decisiones, que avalan la posición de declarar la prescripción 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 N° 11001031500020130101501. Demandante: Jesús Bayona Gómez. Demandado: Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

¹⁵ 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.

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 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 Constitucional¹⁶, 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 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 15 y 16 de esta providencia, que condicionan la no prescripción a la reclamación dentro de los tres años siguientes a la terminación

¹⁶ 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.

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”.

2.3.3.- Imposición de costas procesales a la parte vencida – régimen objetivo establecido en la Leyes 1437 de 2011 y 1564 de 2012.

Se entiende por costas, **“la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable** y comprende, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó y a la que le deben ser reintegradas”¹⁷.

Por lo tanto, las costas procesales, se traducen en una medida desventajosa, para aquel que fue vencido en un procedimiento judicial, en beneficio de aquel, que resulta vencedor en la receptación de sus apreciaciones de hecho y de derecho, entorno al litigio desatado.

La Ley 1437 de 2011, derogó las disposiciones contenidas en el Decreto 01 de 1984 y en materia de costas procesales, en su artículo 188 estableció:

“Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

Por consiguiente, del estudio de la norma, se observa la configuración de un **régimen de carácter objetivo**, el cual desde su verbo rector “dispondrá”, que según su significado es “colocar, poner algo en orden y

¹⁷ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil General*. Tomo I. Editorial Dupré. Bogotá-Colombia 2009.

situación conveniente/ mandar lo que ha de hacerse”¹⁸, existe una tasación de la condena, con su respectiva liquidación y ejecución, de conformidad con la remisión efectuada al Código General del Proceso¹⁹, el cual, no determina una condición subjetiva, para la materialización de las erogaciones procesales en estudio, pregonándose por un régimen objetivo propio de dicha jurisdicción, existiendo solo una exclusión de las costas cuando el asunto sea de interés público²⁰.

Considerándose en últimas, que bajo los argumentos del poder configurativo del legislador en asuntos procesales²¹, la determinación de condenar en costas, bajo un régimen objetivo en materia contenciosa administrativa, es procedente, bajo la nueva redacción normativa consignada en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, siendo un imperativo para el juez, conforme el artículo 192 del CPACA.

2.3.4.- Caso Concreto.

Indicando, que en esta instancia de alzada, no está en discusión, la ejecución de la docencia mediante órdenes de prestación del servicio y el tiempo en que estuvo vinculada la actora, mediante esa modalidad, sino, únicamente, lo que atañe a la existencia del elemento de la subordinación de la demandante, frente al Municipio demandado; la prescripción o no, de los derecho laborales y lo relacionado, con la condena en costas, impuesto por el Juzgado de primer grado, se procede a realizar el estudio del caso concreto.

¹⁸ <http://www.rae.es/drae/srv/search?id=IwJvh1m1PDXX2G9DnACY>.

¹⁹ Código General del Proceso, “Artículo 365 numeral 1º reza: (...) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe”.

²⁰ Inciso 2º artículo 361 del CGP. “Las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente, de conformidad con lo señalado en los artículos siguientes”.

²¹ Ver entre otras. Corte Constitucional. Sentencia C-632 de 2012. M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.

Al efecto, tomando los racionamientos expuestos en las líneas de precedencia, esta Sala considera, que no es factible atender la postura de la parte apelante, relacionada con la ausencia del elemento de subordinación, frente a la señora GLORIA ESTHER ROMERO CHÁVEZ, como quiera que la labor de la docencia, implica la sujeción a unos programas académicos, calendario escolar y jornada académica, prevista con antelación, por el Municipio de Sincelejo, aunado a que éste, por intermedio de la Secretaría de Educación Municipal, atiende lo relacionado con las situaciones administrativas de los docentes, de manera, que el trabajo de la docencia, indefectiblemente, por la esencia y naturaleza del servicio, está ligado con el direccionamiento que a la misma, le de administración, en cabeza, a nivel nacional del Ministerio de Educación Nacional y en el contexto local, por parte de la entidad territorial.

En ese sentido, se da por probada, el poder de subordinación que ejercía el Municipio de Sincelejo, sobre la señora GLORIA ESTHER ROMERO CHÁVEZ, cuando ésta prestó los servicios de docencia, mediante órdenes de prestación de servicios, para los años 1994, 1995, 1996, 1997 y 1998, en razón a las mismas características y naturaleza, que implica el ejercicio de la docencia.

De otra parte, este Tribunal es de la posición, que los derechos que emanan de la configuración del vínculo laboral, derivado de los contratos de prestación del servicio, nacen o se originan a partir de la sentencia que declaró la existencia de esa relación, por lo que, su exigibilidad, se ocasiona a partir de la ejecutoria del fallo, que dio origen a los derechos prestacionales y no desde la finalización del último contrato u orden, como lo pretende el Municipio apelante, razón por la cual, en el caso de marras, no existe el fenómeno prescriptivo alegado.

En relación con la condena en costas procesales, impuesta por el A quo en el fallo objeto de alzada, la Sala estima, que el hecho de ser el Municipio de Sincelejo, la parte vencida en el proceso de la referencia, es causa suficiente y habilitante, para entrar a condenarlo en costas, en virtud de los

lineamientos de imposición de condenas, de carácter objetivo, que estipulan, tanto el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, como el Código General del proceso, estatutos que indican, que por el solo hecho de ser derrotado en la controversia judicial, se es sujeto de condena en costas.

En ese orden de ideas, el Municipio de Sincelejo, debe soportar la carga impositiva, de asumir las costas que el operador judicial considere, dentro de los parámetros estipulados por el Consejo Superior de la Judicatura, como quiera que ostenta el talante de extremo procesal vencido, en el presente litigio, de manera, que es procedente la condena estipulada por el A quo, en la sentencia que se revisa en apelación.

En conclusión de todo lo dicho, se debe confirmar la sentencia de julio 16 de 2014, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, como quiera que este Tribunal, no acoge los argumentos expuestos en el recurso de apelación, conforme las consideraciones esbozadas en precedencia.

3. Condena en costas - Segunda instancia.

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 365 del Código General del Proceso, condénese en costas de segunda instancia, a la parte demandada y liquídense, de manera concentrada, por el juez *a quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 16 de julio de 2014, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia, a la parte demandada. En firme la presente providencia, por el A quo, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C.G.P.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFIQUÉSE, COMUNIQUÉSE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 00180/2014

Los magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ