



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, tres (3) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-007-2014-00224-01
ACTOR: REINALDO JOSÉ HERRERA SANTIZ
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE SUCRE -
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
DEPARTAMENTAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

Procede la Sala, a decidir el recurso de apelación, interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha 27 de julio de 2015, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se negaron las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor **REINALDO JOSÉ HERRERA SANTIZ**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra del **DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL**, con el fin de que se decrete la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. SED. LPAF.700.03.0426 del 14 de marzo de 2014, proferido por el ente departamental demandado.

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

Así mismo, solicita se declare que entre las partes, existió una verdadera relación laboral, al concurrir los elementos de prestación personal del servicio, subordinación y remuneración, dentro de los extremos temporales comprendidos entre el 1 de marzo hasta el 30 de junio de 1999, el 1° de julio hasta el 30 de noviembre de 1999, el 7 de marzo hasta el 10 de diciembre de 2000 y el 12 de febrero hasta el 11 de mayo de 2001; períodos donde se desempeñó como docente, vinculado a través de Órdenes de Prestación de Servicios.

Se declare, que tiene derecho a que la administración le reconozca, liquide y pague las prestaciones sociales y demás derechos laborales, generados como consecuencia de la relación laboral existente y el tiempo laborado, le sea computado para efectos pensionales.

Se condene al ente demandado a: *i)* reconocer, liquidar y pagar los aportes, con destino al Sistema Nacional de Seguridad Social en Pensiones y girarlos a la entidad que corresponda, con la finalidad de que cuando cumpla la edad, pueda acceder a la pensión de jubilación o de vejez según el caso; *ii)* reintegrar los dineros que hubiesen descontado del salario, por concepto de retención en la fuente; *iii)* pagar la indexación o corrección monetaria, de los valores que resulten de la liquidación de los conceptos adeudados, desde el momento en que se debió cancelar cada suma, hasta cuando se verifique el pago total de las obligaciones; *iv)* reconocer, liquidar y pagar, los intereses moratorios de las sumas adeudadas; y *v)* dar estricto cumplimiento de la sentencia.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

Manifiesta el demandante, que fue vinculado a la administración departamental, para desempeñar el cargo de docente en el Colegio Antonio Lenis, mediante órdenes de prestación de servicios, entre el 1° de marzo hasta el 30 de junio de 1999; el 1° de julio hasta el 30 de noviembre de

² Folios 3 - 4, del cuaderno de primera instancia.

1999; el 7 de marzo hasta el 10 de diciembre de 2000, el 12 de febrero hasta el 11 de mayo de 2001.

Refiere, que el cargo desempeñado, fue en idénticas circunstancias de tiempo, calidad, modo y lugar, respecto a las labores ejercidas por cualquier educador, vinculado mediante una relación legal y reglamentaria.

Señala, que en virtud de la labor desempeñada, surgió una relación de carácter laboral con el Departamento de Sucre, toda vez que se dieron los requisitos para ello, tales como: prestación personal del servicio, subordinación y un salario como contraprestación, igual que los docentes nombrados en propiedad.

Asimismo, durante el tiempo que laboró mediante órdenes de prestación de servicios, no existió solución de continuidad, desempeñó sus labores sin interrupción alguna y no le cancelaron el mínimo de derechos salariales, prestacionales e indemnizatorios, consagrados en las normas legales para cada época, teniendo en cuenta la vigencia de la relación laboral.

Por lo anterior, elevó petición el día 25 de febrero del 2014, para que le reconocieran la existencia de una verdadera relación laboral y le reconocieran, liquidaran y pagaran los derechos prestacionales a que tuviese derecho y demás emolumentos laborales, que se pidieron, por los periodos laborados, bajo la modalidad de órdenes de prestación de servicio.

Mediante oficio No. SED.LPAF.700.03.0426 del 14 de marzo de 2014, suscrito por el Líder de Programa Administrativo y Financiero, se le informó al actor, que se le procedería al reconocimiento y pago de lo pedido, una vez lograra demostrar, jurídicamente, la existencia legal del contrato realidad contenido en las OPS suscritas, previo procedimiento requerido para tal fin, ante las instancias judiciales, administrativas o de conciliación.

El día 16 de junio, presentó solicitud de conciliación extrajudicial, audiencia que se llevó a cabo el día 5 de agosto de 2014, ante la Procuraduría 164 Judicial II Administrativa y en la cual las partes, llegaron a un acuerdo, pero una vez remitido el expediente para su control judicial, dicho acuerdo fue improbadado por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Sincelejo, mediante auto de fecha 8 de septiembre de 2014, porque la parte convocada, no efectuó la indexación.

Como **soporte jurídico** de sus pretensiones, alegó como violadas las siguientes: constitucionales: Artículos 13 y 53 de la Constitución Política de Colombia y jurisprudencial: Sentencia C-154 de 1997.

1.3. Contestación de la demanda³.

El **Departamento de Sucre**, se opuso a las pretensiones de la demanda; frente a los hechos, refirió que uno era parcialmente cierto, otros no le constaba y otros no eran hechos.

Expuso, que de las órdenes de prestación de servicio celebradas entre las partes, no se vislumbraba más elementos, que la prestación personal del servicio y el pago de honorarios; en cuanto a la subordinación consideró, que debía ser objeto del debate probatorio, muy a pesar, que el tema lo abordaba la jurisprudencia de una manera objetiva, cuando consideraba que el solo hecho del ejercicio de la actividad o servicio de docente oficial, suponía la existencia del elemento subordinación.

Resaltó, que el demandante prestó su servicio mediante órdenes de prestación servicios, entre el 1º de marzo hasta el 30 de junio de 1999; del 1º de julio hasta el 30 de noviembre de 1999; del 7 de marzo hasta el 10 de diciembre y del 12 de febrero hasta el 11 de mayo de 2001; y la solicitud para el reconocimiento de la relación laboral la presentó el 25 de febrero de 2014, es decir, casi 13 años después, por lo que ya había operado el fenómeno de la prescripción.

³ Folios 46 - 54, cuaderno de primera instancia.

1.4.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de fecha 27 de julio de 2015, proferida en audiencia inicial, declaró probada la excepción de la prescripción extintiva del derecho reclamado, propuesta por la parte demandada y en consecuencia, negó las súplicas de la demanda.

Como fundamento de su decisión, el A quo señaló, que a la fecha en que finalizó la última OPS de mayo de 2001 y la fecha en que el demandante, presentó la petición (25 de febrero de 2014), para el reconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, se advertía, que había transcurrido 12 años y 9 meses, tiempo durante el cual el actor, no desplegó ninguna actividad, para hacer valer sus derechos.

Sostuvo, que el desinterés del demandante en ejercer oportunamente la actividad de reclamación de sus derechos, no podía resultar en su favor, reconociéndosele prestaciones sociales, cuyos valores resultarían elevados, en razón de la indexación causada por el paso de los años, que para el caso en estudio, se estimaron en cuantía de \$23.083.651.00.

Así, consideró, que el demandante no interrumpió la prescripción que se cernía con respecto a la declaración de la existencia de la relación laboral, que para el caso y de acuerdo con lo establecido en la ley, era de 3 años.

1.5.- El recurso⁵.

Inconforme con la decisión de primer grado, el demandante, interpuso recurso de apelación, a fin que fuera revocada en esta instancia y en su lugar, se accedieran las pretensiones de la demanda.

⁴ Folios 70 - 81, cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios 100 – 107, cuaderno de primera instancia.

Alegó, que el precedente judicial unificado por el Honorable Consejo de Estado, sobre el tema hasta la fecha, no había sido modificado, por ello, no había lugar a declarar la prescripción de los derechos laborales solicitados, porque estos, nacían o se originaban a partir de la sentencia que declaró la existencia de la relación laboral y su exigibilidad, se ocasionaba a partir de la ejecutoria del fallo, que dio origen a los derechos prestacionales y no desde la finalización del último contrato u orden de prestación de servicios.

Arguyó, que la declaratoria de prescripción de los derechos laborales, violaba los principios de igualdad, irrenunciabilidad a los derechos laborales, primacía de la realidad sobre las formas y seguridad Jurídica.

Sostuvo, que la sentencia traída a colación por el A-quo, no era un cambio de jurisprudencia del Consejo de Estado, sino una posición minoritaria, que decidió en su momento, apartarse del precedente judicial, con efectos inter partes. Y dada la trascendencia y obligatoriedad de los precedentes judiciales, el A-quo, debió argumentar y justificar, razonadamente, por qué se apartó de la providencia que unificó el tema de la prescripción de los derechos laborales, la cual indicaba, que en este tipo de procesos, la prescripción sólo se causaba, a partir de la fecha en que fuera declarado judicialmente.

Arguyó, que la decisión recurrida, se ciñó a un conteo de términos, sin hacer un pronunciamiento expreso, respecto a la pretensión principal de declarar la existencia de una verdadera relación laboral, por cuanto concurrían los elementos exigidos para ello, esto es, prestación personal del servicio, subordinación y remuneración.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de septiembre 17 de 2015, se admitió el recurso de apelación, interpuesto por el demandante⁶.

⁶ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

- En proveído de octubre 23 de 2015, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁷.

- **La parte demandante**, presentó alegatos de conclusión⁸, manifestando argumentos similares a los expuestos en el escrito de alzada, esto es, insistiendo en la aplicación del precedente judicial unificado del Honorable Consejo de Estado, frente al tema de contrato realidad para docentes y reiterando la verdadera relación laboral, que surgió entre las partes, la cual, generaba el pago de prestaciones sociales y demás emolumentos.

- **La parte demandada**, no alegó en esta instancia procesal.

- **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.

Vistos los extremos de la litis, el problema jurídico a desatar estriba en determinar:

¿Se encuentran prescritos, los derechos laborales reclamados por el demandante?

⁷ Folio 13 del cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folio 20 - 22, del cuaderno de segunda instancia.

¿En el presente asunto, se acreditan los supuestos, que conlleven a la desnaturalización de los contratos de prestación de servicios, suscritos por el accionante con el Departamento de Sucre – Secretaria de Educación Departamental, para el ejercicio de la docencia, en los períodos de 1 de marzo a 30 de junio de 1999; 1 de julio a 30 de noviembre de 1999; 7 de marzo a 10 de diciembre de 2000; y 12 de febrero a 11 de mayo de 2001, haciéndolo beneficiario del pago de las prestaciones sociales, equivalentes a las percibidas por aquellos, vinculados legal y reglamentariamente, a la planta personal docente del Departamento?

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 servicios, 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”** (Negrilla fuera de texto).

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

De esta manera, no cabe duda, que los derechos que se reclamen a partir del reconocimiento de una relación laboral, nacen precisamente con tal declaratoria, que debe entenderse judicial, ya que solo hasta el momento de emitirse sentencia, no hay un derecho consolidado, sino una expectativa.

Sobre el tema de los derechos adquiridos y la expectativa, la Corte Constitucional, ha sostenido⁹:

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T – 329 de 2012. M. P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

“... derechos adquiridos presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento. Entre tanto, en las expectativas, tales presupuestos no se han consolidado conforme a la ley, pero resulta probable que lleguen a consolidarse en el futuro, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico”

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.

En caso similar al planteado, este Tribunal, teniendo como apoyo, varios fallos del Consejo de Estado, quien en sede de tutela y en muy contados procesos ordinarios, ha sentado la procedencia de la figura de la prescripción, en este tipo de asuntos y en muchos otros por el contrario, ha sostenido su opuesto, ha esbozado y sentado su posición, tal y como puede leerse, por ejemplo en sentencia proferida por la Sala Primera de Decisión¹⁰, señalando, 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 ese instante, es 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 que hoy se reitera, anteriormente mencionado:

¹⁰ 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.

“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 judicialmente¹¹, 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 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)

¹¹ *“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.

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 tutela¹² y en acciones

¹² 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:

ordinarias¹³, predicando 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.”

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

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección “B”. C. P.: BERTA LUCÍA 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”. C. P.: 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”. C. P.: 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. C. P.: 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.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección “A”. C. P.: 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.

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 Constitucional¹⁴, 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 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

¹⁴ Ver, entre otras, sentencias C-836 de 2001 y relacionada con la obligatoriedad de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, igualmente, la sentencia C-634 de 2011.

mismo, pues los derechos solo existen a partir de la declaración judicial que de ellos se haga”.

Posición que encuentra soporte¹⁵, igualmente, en decisiones tomadas por la Corte Constitucional (Sentencia de Tutela 084 de 2010, M. P. Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA), quien sobre el tema, luego de reconocer que existen interpretaciones encontradas, ha sostenido:

“... 29. Las providencias cuestionadas por el tutelante se sustentaron en una interpretación específica del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, el cual establece: “[l]as acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible”. Según la postura dominante en la justicia laboral ordinaria, acogida al detalle en las sentencias demandadas, las obligaciones son “exigibles” –de acuerdo con el sentido del Código Procesal- justo desde el momento en el cual el trabajador tiene derecho a pedírselas legítimamente al empleador, y eso depende del tipo de obligación. Por ejemplo, las cesantías disciplinadas por la Ley 50 de 1990 se pueden exigir legítimamente a partir del catorce (14) de febrero del año siguiente al que correspondan; las primas de servicio del primer semestre se pueden reclamar desde el primero (1º) de julio de cada año y las del segundo a partir del veintiuno (21) de diciembre de cada año; la indemnización por terminación unilateral e injusta se hace exigible a partir del momento del despido, y así con cada prestación laboral. Esa interpretación conduce a que la prescripción de la acción se cuente desde el momento en el cual se causan las obligaciones del empleador.

30. Pues bien, al interpretar el Código Procesal del Trabajo de esa manera, la justicia laboral ordinaria le garantiza al trabajador la posibilidad de reclamarle a su empleador el cumplimiento de las obligaciones legítimamente, incluso antes de que un juez declare o constituya la existencia de la relación laboral y adjudique los derechos y las obligaciones entre las partes. También es posible llegar a esa misma conclusión por la vía de interpretaciones distintas, pero ese hecho no le resta mérito a la postura dominante.

Además, podría pensarse que la doctrina dominante en lo ordinario está en perfecta armonía con una versión razonable de la historia legislativa laboral colombiana, sobre la forma de contabilizar la prescripción de las acciones, cuando se enderezan a exigir prestaciones de carácter laboral. Efectivamente, antes de que existiera una legislación específicamente laboral sobre la prescripción de las acciones, la acción para reclamar por ejemplo prestaciones laborales empezaba a prescribir de conformidad

¹⁵ Este Tribunal, en lo referenciado, ya ha aceptado lo sostenido por la Corte Constitucional.

con lo establecido en el Código Civil, y más específicamente, con arreglo a lo establecido en su artículo 2535; esto es, “desde que la obligación se haya hecho exigible”. Con ello se lograba que, por regla general, la prescripción comenzara a computarse desde el momento en el cual se causaran las obligaciones, si no estaban sujetas a plazo o condición.¹⁶

Ahora bien, con la expedición del Decreto 2350 de 1944, dictado en estado de guerra exterior, la prescripción empezó a contabilizarse de otro modo, pues el artículo 37.9 de ese estatuto estableció que el término de prescripción debía contarse desde la terminación del contrato.¹⁷ Sin embargo, como al poco tiempo se levantó el estado de guerra exterior, la norma dejó de regir en forma automática, razón por la cual se regresó al sistema de cómputo fijado por el Código Civil. Más adelante entró a regir la Ley 6° de 1945, en la cual nada se dijo respecto de la prescripción de las acciones laborales, y eso condujo a la doctrina nacional a concluir que el modo vigente para contabilizar la prescripción seguiría siendo el del Código Civil. Este entendimiento se vio reforzado al entrar en vigencia el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante el Decreto ley 2158 de 1948, en el cual se reprodujo casi textualmente la fórmula lingüística de la codificación civil, aunque naturalmente en otro contexto hermenéutico, y dispuso –aún lo hace- que la prescripción de las acciones se cuenta “desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible” (art. 151, C.P.T).

31. Es preciso señalar que la misma normatividad que ha servido a la doctrina laboral dominante en lo ordinario, para adoptar esa interpretación, podría ser empleada razonablemente en otro contexto para ofrecer una interpretación diferente. Pero la Corte Constitucional no está para juzgar el mérito o demérito legal de una interpretación, ni para proponer otras interpretaciones de la ley, a menos por supuesto que con la dominante se viole la Constitución, pues su función es la de fungir como guardiana de la Carta (art. 241, C.P.).

La Corte Constitucional sólo podrá pronunciarse, entonces, sobre las deficiencias o los excesos con trascendencia constitucional

¹⁶ Sobre la exigibilidad de las obligaciones **civiles** dice, por ejemplo, Arturo Alessandri Rodríguez, en su Teoría de las Obligaciones: “[s]i la prescripción se cuenta desde que la obligación se ha hecho exigible, es claro que en las obligaciones a plazo no empieza a correr sino desde el día en que se cumple el plazo; y si la obligación es condicional, la condición suspensiva, desde que la condición se cumpla; o si es condición resolutoria, desde el día en que el contrato se haya celebrado”. Cfr., Alessandri Rodríguez, Arturo: Derecho civil. Teoría de las obligaciones, Ediar, Chile, 1988, p. 476.

¹⁷ A la letra decía: “[e]l término de prescripción extintiva de las acciones que corresponden al trabajador para el cobro de su salario y de las prestaciones será de un año, contado desde el día en que el interesado deje de ser empleado u obrero de la persona natural o jurídica a la cual haya prestado sus servicios; para los derechos surgidos con anterioridad al presente Decreto, el término de la prescripción extintiva sólo empezará a correr seis meses después de la promulgación del mismo”.

que advierta en las interpretaciones de la ley. De modo que aún si una interpretación es aceptable en un marco de referencia exclusivamente legal, puede no serlo tanto si se le hace un enjuiciamiento a la luz de la preceptiva superior de la Constitución. Y así lo ha dicho la Corte, por ejemplo, en la sentencia C-569 de 2004,¹⁸ en la cual consideró que la jurisprudencia dominante del Consejo de Estado sobre la necesidad de acreditar la preexistencia del grupo, como un requisito de procedibilidad de las acciones de grupo, era una interpretación posible y plausible legal y dogmáticamente, pero con problemas de inconstitucionalidad. En ese mismo sentido, podría ser el caso que la interpretación legal implícita en las providencias demandadas fuera plausible desde un enfoque legislativo, pero que tuviera problemas de constitucionalidad. Este último aspecto –la constitucionalidad de la interpretación adoptada por los jueces laborales demandados– es el que pasa a dilucidarse a continuación.

32. En efecto, la Sala advierte que la interpretación prohijada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Florencia y la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia en el proceso adelantado por Orangel Evelio Mendoza contra el ISS, la cual coincide con la interpretación dominante en la justicia laboral ordinaria, aunque es perfectamente adecuada a la ley y, en ese respecto, la Corte debe ser respetuosa de las competencias establecidas por la Constitución, lo cierto es que garantiza los derechos a la primacía de la realidad sobre las formas y a acceder a la administración de justicia de un modo inaceptable, pues cumple lo que disponen en una medida inferior a la que sería óptima. Esto se puede apreciar a partir de las siguientes consideraciones.

33. Por una parte, es preciso indicar que la interpretación ofrecida en las providencias demandadas interfiere, al menos de dos formas, el derecho del tutelante a acceder a la administración de justicia (229, C.P.). En primer lugar, al declarar prescrita la acción, desestimula la interposición futura de pretensiones encaminadas a obtener el reconocimiento y pago de prestaciones laborales emanadas de un contrato realidad, pues la condena a favor del demandante es relativamente insuficiente, si se la compara con el tiempo durante el cual le prestó un servicio personal y subordinado al empleador. En segundo lugar, intervino de un modo apreciable el derecho a acceder a la administración de justicia efectiva, entendido como el derecho a que en sede judicial se deriven todos los efectos jurídicos sustanciales del reconocimiento de un derecho establecido en la ley, pues de todos los derechos que la ley prometía garantizarle como trabajador, sólo le garantizó unos pocos. En ese sentido, el acceso a la administración de justicia es un derecho del particular de “hacer efectivos -en sede judicial- los

¹⁸ (M. P. Rodrigo Uprimny Yepes).

derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en [la Constitución y las leyes]" (art. 1º, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia).

Por otra parte, la forma de contabilizar la prescripción desprotegió el derecho del actor a que se le concediera primacía a la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de la relación laboral (art. 53, C.P.). El derecho fundamental de los trabajadores a que, en todo caso, se le confiera primacía a la realidad sobre las formas,¹⁹ también implica (i) que a los empleadores les está prohibido simular la relación laboral con formas no laborales, y (ii) que a los jueces de la República y a las autoridades estatales, les corresponde observar la obligación jurídica de hacer todo lo posible constitucionalmente, para evitar simulaciones de esa naturaleza. Las autoridades encargadas de interpretar la ley conforme a la Constitución deben, entonces, para hacer valer la supremacía de esta última, usar la 'fuerza legítima' de las instituciones sociales, entendida como "toda acción destinada a hacer que una práctica indeseada les resulte más costosa a aquellos que pueden sentirse tentados a realizarla".²⁰ En ese sentido, este principio expresivo de un derecho fundamental también se desprotege cuando se interpreta la ley en el sentido de crear un incentivo para que los empleadores contraten eludiendo la ley laboral.

Pues bien, la interpretación acogida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Florencia y la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia desconoce, precisamente, la obligación de hacer todo lo posible para evitar que en el futuro se simulen las relaciones laborales con formas no laborales. No hace falta efectuar un análisis muy detenido acerca de los efectos reales de la jurisprudencia dominante en la justicia laboral ordinaria, para advertir que produce la siguiente consecuencia: para el empleador nunca será más costoso eludir las garantías laborales (con formas distintas) que garantizarlas, y en cambio siempre podrá ser menos costoso eludir las garantías, ya que en cualquier caso imaginable si elude las garantías y le corresponde reconocerlas en algún momento, ese sería un precio semejante al que tendría que pagar en caso de que las hubiera reconocido y asegurado desde un comienzo. En cambio, podría ganar mucho, si el trabajador se demora en interponer las acciones para desentrañar la realidad del vínculo, pues al menos algunas de las prestaciones habrán prescrito.

De ese modo, se crea para el empleador un incentivo, que podría conducirlo precisamente a utilizar formas no laborales para

¹⁹ Este es uno de los contenidos más señalados por la Corte en su jurisprudencia. Cfr., por ejemplo, con la Sentencia C-154 de 1997 (M. P. Hernando Herrera Vergara), en la cual se estudiaba la constitucionalidad del contrato administrativo de prestación de servicios.

²⁰ Elster, Jon: "Instituciones sociales", en *Tuercas y tornillos. Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*, Barcelona, Gedisa, 2003, p. 147.

contratar trabajo personal y subordinado. Al paso, se deja librada al azar la protección de todo un haz de derechos humanos del trabajador, que hacen de la prestación de servicios personales y subordinados una actividad digna y justa, como son el derecho al salario, al adiestramiento, la capacitación, la seguridad social integral (incluyendo riesgos profesionales), la protección especial a la madre trabajadora, la remuneración mínima vital y móvil, la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en la ley laboral, entre otros (art. 53, C.P.).

Por último, la interpretación dominante implícita en las providencias demandadas, supone una limitación del derecho a la seguridad jurídica, entendido como la certidumbre que debe tener cada miembro de la sociedad de que la ley va a ser cumplida por sus destinatarios pues, como se dijo, en el futuro no existirá un desestímulo verdadero para quien pretenda contratar servicios bajo subordinación eludiendo la ley laboral.²¹

33. Ahora bien, la anterior constatación no es suficiente para concluir que se ha violado la Constitución. Como ha señalado la Corte insistentemente, la Constitución no prohíbe cualquier tipo de interferencia en los derechos fundamentales, ni cualquier clase de desprotección. La razón que ha conducido a la Corte a interpretarlo de ese modo, tiene que ver con que si las normas intervienen o desprotegen derechos fundamentales, al mismo tiempo suelen proteger otros principios o derechos no expresamente prohibidos por la Carta o, incluso, directamente protegidos por ella. En ese sentido, no podría decirse que la prescripción de la acción laboral sea inconstitucional por el solo hecho de que interfiera los derechos a la primacía de la realidad y al acceso a la justicia, pues de otro lado, y como lo mencionó la Corte en la sentencia C-072 de 1994,²² la prescripción dispuesta en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo garantiza la seguridad jurídica, comprendida como la exigencia de ponerle fin a la posibilidad de intentar acciones judiciales con vocación de prosperidad.

Por lo tanto, una medida como la prescripción de las acciones laborales puede en efecto intervenir o desproteger derechos fundamentales pero, como al mismo tiempo propende por la garantía de otros, no por sólo ello puede ser considerada inconstitucional. En consecuencia, lo que debe verificarse es si la

²¹ Dice Antonio Pérez Luño, que la seguridad jurídica, también puede ser entendida como la exigencia objetiva de corrección funcional, que significa el respeto al deber de "cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos de aplicación". Cfr., Pérez Luño, Antonio Enrique: "Seguridad jurídica", Garzón Valdés, Ernesto y Francisco J. Laporta (Eds): *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, Trotta, 1996, p. 483.

²² M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

intervención o desprotección son desproporcionadas.²³ Y, para ello, la Corte ha empleado el juicio de proporcionalidad, entendido como “un criterio de interpretación constitucional que pretende impedir los excesos o defectos en el ejercicio del poder público, como una forma específica de protección o de realización de los derechos y libertades individuales”.²⁴ En dicho juicio se analizan las finalidades de la norma acusada, si los medios empleados para alcanzarlas son idóneos y necesarios; y, además, si la limitación a los derechos es proporcional. Pues bien, si se efectúa ese juicio sobre la interpretación dominante, adoptada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Florencia y la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, se obtiene lo siguiente.

34. En primer lugar respecto de las finalidades de la interpretación, podría decirse que son esencialmente dos: la seguridad jurídica y la recta administración de justicia. Efectivamente, tanto la doctrina universal como la jurisprudencia colombiana han señalado, por una parte, que la prescripción extintiva de las acciones persigue garantizar la seguridad jurídica, entendida como la orden que deben cumplir las autoridades de la República de evitar que permanezca abierta indefinidamente la posibilidad de someter los conflictos sustanciales ante los jueces. Así, en la doctrina colombiana anterior a la codificación laboral, se señaló que “[e]l Estado tiene un alto interés en que las acciones entre los hombres no permanezcan eternamente vivas, ya que de lo contrario, se entraría la vida social y la actividad humana carecería de libertad y la seguridad necesarias para desarrollarse”.²⁵ También Radbruch señaló, a propósito, que “la necesidad de la seguridad jurídica puede hacer [...] que los estados de hecho se conviertan en estados jurídicos y hasta que, por muy paradójico que ello parezca, el desafuero cree derecho” y como ejemplo de ello indicó que “[l]a prescripción adquisitiva o extintiva no significa otra cosa que la transformación en estado de derecho de una situación antijurídica, mediante el transcurso de un determinado período de tiempo”.²⁶ Estas ideas fueron

²³ Entre muchas sentencias, que han ofrecido razones, para interpretar de este modo las prohibiciones derivadas de la Carta, puede citarse la Sentencia C-720 de 2007 (MP Catalina Botero Marino, AV Catalina Botero Marino), en la cual, la Corte reconoció que una medida de policía, era inconstitucional, no por intervenir el derecho fundamental a la libertad personal, sino por hacerlo de un modo desproporcionado. Una solución distinta, pero con un razonamiento similar en lo metodológico, puede verse en la Sentencia C-309 de 1997 (MP Alejandro Martínez Caballero), en la cual la Corporación estimó, que aun cuando la obligación para los pasajeros de un automóvil de usar cinturón de seguridad, suponía una intervención en el libre desarrollo de la personalidad, no constituía una intervención excesiva.

²⁴ Sentencia C-799 de 2003 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

²⁵ Sánchez, Jorge Enrique: *Manual teórico y práctico de derecho del trabajo colombiano*, Ediciones Lex, Bogotá, 1946, p. 73.

²⁶ Radbruch, Gustav: “Seguridad jurídica”, en *Introducción a la filosofía del derecho*, 2002, p. 41.

recogidas por la Corte Constitucional, en la precitada sentencia C-072 de 1994,²⁷ en la cual declaró lo siguiente:

“[l]as prescripciones de corto plazo buscan también la seguridad jurídica, que al ser de interés general, es prevalente (art. 1o. superior). Y hacen posible la vigencia de un orden justo (art. 2o. superior), el cual no puede ser jamás legitimador de lo que atente contra la seguridad jurídica, como sería el caso de no fijar pautas de oportunidad de la acción concreta derivada del derecho substancial”.

*Pero, además, la jurisprudencia colombiana ha señalado que con la prescripción extintiva de las acciones, el legislador busca evitar el sometimiento a juicio de causas que no podrían ser racionalmente discutidas, porque se ha dejado pasar un tiempo prolongado desde que efectivamente ocurrieron. Así, por una parte, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos cincuenta (1950), al resolver la demanda de un trabajador contra el Estado por unos salarios debidos, indicó que “[l]a prescripción [e]vit[a] pleitos cuya solución será muy difícil en virtud del hecho mismo de que el derecho invocado se remonta a una fecha muy lejana”.*²⁸ Del mismo modo el Tribunal Supremo del Trabajo, autoridad que durante la vigencia de Ley 26 de 1946²⁹ era el máximo tribunal de la justicia laboral, en sentencia del veinticuatro (24) de mayo de mil novecientos cuarenta y siete (1947), en el “Juicio de Carlos Julio Ruiz contra Da Via Hermanos Limitada”, le atribuyó a la prescripción de las acciones la función de proteger la recta administración de justicia, en tanto impediría que cuestiones muy anteriores se ventilaran ante ella. Los razonamientos del Tribunal Supremo colombiano se basaron, en gran medida, en una sentencia de la Corte Suprema mexicana. Puesto que este asunto es de particular interés, se transcribirá el fragmento pertinente en toda su extensión:

“[s]e ha discutido mucho por los expositores de derecho de trabajo y por las autoridades judiciales de diversos países, y aún se ha adoptado tesis contrarias por las legislaciones de los pueblos más cultos acerca del momento desde el cual debe principiar a contarse la prescripción de las acciones consagradas por la legislación laboral. Una tesis sostiene que a partir de la exigibilidad del derecho y así lo establece nuestro Código Civil cuando dice en su artículo 2535 que la extintiva de las acciones y derechos “se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible”. Y otra contraria afirma que sólo debe contarse desde la terminación del contrato de trabajo por es en ese momento cuando el trabajador

²⁷ M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos cincuenta (1950) (MP Rafael Leiva Charry) Gaceta Judicial Tomo LXVIII, Septiembre- Octubre de 1950, p. 491.

²⁹ Diario Oficial, Año LXXXII- Número 26294, del lunes 2 de diciembre de 1946.

adquiere plena independencia del patrón, recobra su libertad económica y puede ejercitar, por lo tanto, las acciones judiciales que tenga contra él, sin temor a represalias de ningún género; al paso que si debiera ejercitarlas durante la ejecución de su contrato, correría el riesgo de que el patrón demandado lo rompiera o diese por terminado por ese hecho.

Principalmente en España y México este problema ha suscitado controversia, pero la adopción de la última tesis en el segundo de estos países originó situaciones difíciles para las empresas que obligaron a la cuarta sala –del Trabajo- de la Corte Suprema de Justicia de esa nación a reconsiderarla para acoger la contraria.

Dijo en efecto dicha Corporación: “Se refiere el segundo de los agravios a la forma de computar la prescripción, pues mientras la autoridad responsable sostiene que conforme a los artículos 328 y 7º transitorio de la Ley Federal del Trabajo, la prescripción corre a partir de la fecha en que las obligaciones se hicieron exigibles, sostienen los recurrentes que el plazo puede empezar a contarse desde la terminación del servicio, o sea, desde que el contrato ha dejado de tener vigencia. Esta Sala ha sostenido en varias ejecutorias la segunda de las tesis mencionadas, por estimar que debía aplicarse el artículo 1161 del Código Civil, en primer lugar, porque la legislación del trabajo no puede ser menos liberal que el derecho civil, y, en segundo, porque se estimó que no era posible que los trabajadores, mientras estaban al servicio del patrón, presentaran en contra de éste demandas, exigiéndole el pago de salarios o el cumplimiento de otras prestaciones, pues que esto traería consigo una fuente constante de discordias, pero, por las razones que en seguida se expresan considera esta Sala necesario modificar su jurisprudencia, estableciendo que la prescripción, de acuerdo con los artículos 328 y 7º transitorio de la Ley Federal del Trabajo, corre desde el momento en que se hacen exigibles las respectivas obligaciones. En numerosas ejecutorias se ha afirmado que el derecho del trabajo es independiente del civil y que, en esa virtud, no es posible aplicar, a propósito del primero, las disposiciones consignadas en el segundo: por tal razón, se hace indispensable considerar nuevamente el problema de la prescripción para decidir si, de conformidad con los principios fundamentales que rigen el derecho del trabajo, puede estimarse que, dentro de ellos, se encuentra el relativo a que la prescripción sólo corre a partir de la fecha de cesación del servicio. El derecho del trabajo tiene un contenido esencialmente económico y si bien es verdad que su función principal es la de proteger a la clase trabajadora, elevando sus condiciones de vida, también lo es que, determinar las obligaciones de los patronos, implica una intervención que está necesariamente limitada por las posibilidades y exigencias de las industrias; en otros términos, al intervenir el Estado en el fenómeno de la producción en beneficio de la clase trabajadora, no puede desconocer la situación de las empresas, ni ignorar las consecuencias fatales que, para su

existencia, puede acarrear determinado principio; ahora bien, se ha venido notando que, al amparo de la tesis sustentada por esta Sala, se ha presentado una serie de demandas en las se reclama el cumplimiento de obligaciones anteriores en muchos años, en ocasiones a partir de 1917, fecha en que entró en vigor la legislación del trabajo, y en la mayor de los casos prosperan esas reclamaciones, por la única razón de que no funciona la prescripción, pues es imposible exigir que los empresarios conserven los elementos probatorios durante quince, veinte o más años; y esa condenación es perjudicial para la estabilidad de las industrias, que nunca saben cuál pueda ser su verdadera situación ya que en cualquier momento puede surgir una demanda por pago de horas extras y otra prestación, como ya se dijo, de diez, quince o más años; y el perjuicio lo resiente no sólo la empresa sino la sociedad en general y aún los mismos trabajadores, puesto que la fuente de trabajo puede ser arruinada en un momento dado, merced a una de esas demandas, destruyéndose así un medio de vida para los obreros y de riqueza para la sociedad. Finalmente, el argumento que ha hecho valer en el sentido de que no es posible que los trabajadores, mientras están al servicio del patrono, presenten en su contra las reclamaciones a que tuvieron derecho, tampoco se justifica en la práctica, puesto que constantemente se nota que los obreros demandan de sus patronos las violaciones en que estos incurrieron en el cumplimiento de los contratos o de la ley, sin que esas demandas alteren substancialmente, la disciplina o la armonía en el taller, ni produzca tampoco consecuencias enojosas para los trabajadores y no sólo, sino que la tesis que se viene combatiendo tiene el inconveniente de que si los trabajadores se ajustaran a ella autorizarían al patrono a que, de manera permanente, violara la ley a reserva de exigirle, años después, la responsabilidad consiguiente, situación que es contraria, a la finalidad perseguida por derecho de trabajo, cuyo objetivo es, no tanto que los trabajadores obtengan determinadas cantidades de dinero, sino que el servicio se preste en las condiciones y forma prescritas por la ley y los contratos, finalidad ésta que se logra mejor cuando los trabajadores, tan pronto se produzca una violación formulan la demanda correspondiente. A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que la interpretación de los arts. De la Ley Federal del Trabajo sobre prescripción conduce a idéntico resultado, esto es, a decidir que el término para la prescripción empieza a correr desde que la obligación se hace exigible; la lectura de los artículos 329 y 330 indica, sin dejar lugar a duda, que la prescripción corre desde el momento en que la parte interesada puede acudir a los Tribunales deduciendo la acción correspondiente (...).

Y –continúa el Tribunal Supremo del Trabajo colombiano- el conocido expositor mexicano de estas materias, Mario de la Cueva, refiriéndose al anterior fallo comenta con inagotable autoridad lo siguiente: “La ejecutoria de Tomasa Godínez y Coagraviados agotó el tema y no creemos necesario exponer

mayores razones en pro de la tesis que sustenta, pues la misma legislación española, a cuya tradición debe referirse la solución opuesta, ha modificado su criterio”.

Para el Tribunal Supremo –dice- no hay duda de que la teoría que propugna [porque] la prescripción extintiva de las acciones laborales se cuent[e] a partir de la terminación del contrato de trabajo tiene un fundamento real como es el que durante su vigencia no gozaría el trabajador de completa libertad para demandar a su patrón por el temor a ser despedido por éste. Pero carece hoy de base en la ley y no debe, por lo tanto, acogerla. Por otra parte, la tesis de que esa prescripción debe contarse desde que el derecho se hace exigible, es la que consagra el art. 2535 del Código Civil y como no existe disposición expresa sobre la materia en la legislación colombiana del trabajo, debe ser aplicada dicha norma por analogía a los litigios de esta última clase, de acuerdo con conocida disposición de hermenéutica de nuestro derecho positivo”.³⁰

En consecuencia, la prescripción extintiva de las acciones laborales persigue dos finalidades claramente identificables. Ambas son permitidas por la Constitución. De hecho, la seguridad jurídica es un imperativo que si bien no se menciona literalmente en el texto de la Constitución, la Corte lo ha clasificado como de “estirpe constitucional”.³¹

35. La interpretación adelantada por los jueces en las providencias cuestionadas es, además, naturalmente idónea para alcanzar las finalidades que persigue. En efecto, si la acción laboral ordinaria prescribe desde el momento en el cual se causa cada prestación, se le pone un fin rápido a la posibilidad del interesado de solicitar indefinidamente ante los jueces las prestaciones deducidas del contrato realidad; además, les facilita a las partes aportar los elementos de juicio necesarios para adelantar un proceso en condiciones de racionalidad, pues no ha trascurrido un tiempo demasiado largo desde la fecha en que ocurrió el hecho litigioso. De cualquier forma, es evidente que la interpretación objeto de juicio no termina por ser un obstáculo para alcanzar los fines mencionados y, en esa medida, puede decirse que no hay razones fuertes para considerar que resulte inadecuada y, en ese aspecto, arbitraria.

36. En cambio, no podría decirse con seguridad que la interpretación dominante sea necesaria o indispensable para garantizar esas mismas finalidades. Como pasa a mostrarse, es

³⁰ Citada en González Charry, Guillermo: *Doctrinas y Leyes del Trabajo*, Bogotá, Universidad Nacional, 1950, p. 218-221.

³¹ Al estudiar, si podía darle efectos retrospectivos a la Constitución, en la Sentencia C-613 de 1996 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz; AV José Gregorio Hernández Galindo), la Corte manifestó que sí podía hacerlo, pero de un modo que resultara compatible con el principio de seguridad jurídica, de estirpe constitucional.

posible advertir que la misma disposición podría ser interpretada de, al menos, dos formas distintas, ninguna de las cuales resulta abiertamente lesiva de las finalidades que persigue la interpretación dominante en lo ordinario laboral, acogida por los jueces en las decisiones cuestionadas mediante tutela. Más aún, hay una interpretación viviente de una disposición similar, en la justicia contencioso administrativa -Sección Segunda del Consejo de Estado-, que por una parte garantiza esas mismas finalidades, pero que por otra no desprotege, en el mismo grado en que lo hace la interpretación dominante en lo ordinario, el derecho a acceder a la administración de justicia, el principio de seguridad jurídica entendido como la garantía de ser tratado en los términos de la ley y, especialmente, sin desproteger el derecho del trabajador a la primacía de la realidad sobre las formas contractuales.

37. En efecto, en la sentencia del diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009), la Sección Segunda en pleno del Consejo de Estado sostuvo que en casos en los cuales una persona solicita prestaciones derivadas de un contrato realidad, la exigibilidad de los derechos comienza con la decisión judicial que declara la existencia del contrato realidad. Dijo, específicamente, a este respecto:

“[e]s 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.

(...)

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 hacia el futuro, situación que operaría en el caso de que continuara la relación laboral, empero como el sub-lite se contrae al reconocimiento de una situación anterior no existe prescripción pues la obligación, como se dijo, surge con la presente sentencia”.³²

³² Radicación No. 730012331000200003449-01. N° interno: 3074-2005. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda (Consejera ponente, Bertha Lucía Ramírez de Páez). Ver, además, sentencia de 17 de abril de 2008 Sección Segunda – sub sección A del Consejo de Estado. Radicación N° 54001-23-31-000-2000-00020-01 (2776-05), actor: José Nelson Sandoval Cárdenas, demandado: Instituto Financiero para el Desarrollo del Norte de Santander – Infinorte, (Consejero ponente, Jaime Moreno García), sentencia de 6 de marzo de 2008, sección segunda – sub sección A. Expediente 2152-06, actor: Roberto Urango Cordero. M. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Esta doctrina se edifica sobre la base de una disposición similar, en los aspectos relevantes, a la que gobierna la prescripción laboral en lo ordinario: en ambas, la prescripción empieza a contar desde que la respectiva obligación se hace exigible. Con todo, ella evita que en una sentencia laboral se reconozca, como en el caso del tutelante, la existencia de un contrato realidad durante casi ocho (8) años y que se condene al empleador, que contrató en tal forma, al pago de las prestaciones causadas durante menos de un mes. Con lo cual no solamente se sorteja la posibilidad de que en el caso concreto el trabajador se vea privado del derecho a la efectividad de los derechos sustanciales reconocidos en la ley, sino que hacia el futuro se desaconseje la utilización de apariencias para encubrir una realidad laboral.

38. Pero no sólo la interpretación del Consejo de Estado logra ese cometido. También lo logra una fórmula que ha sido postulada en otros ordenamientos y en ciertos sectores de la dogmática laboral, e incluso en nuestro derecho en vigencia del Decreto Extraordinario 2350 de 1944,³³ de acuerdo con la cual el término de prescripción debe contabilizarse desde el momento en el cual finaliza la relación laboral.³⁴

39. En consecuencia, como existen formas hermenéuticas alternativas de contabilizar la prescripción, incluso con la formulación idiomática del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, que sacrifican en menor medida los derechos a acceder a la administración de justicia y a la primacía de la realidad sobre las formas, entonces desde un punto de vista constitucional resulta a primera vista injustificada la desprotección a la que conduce la interpretación dominante en la justicia laboral ordinaria, pues no tiene un mejor sustento constitucional que sus alternativas. Eso significa que a los derechos a la primacía de la realidad sobre las formas y a acceder a la administración de justicia se les ha conferido un grado de cumplimiento inferior al que sería óptimo, en la interpretación escogida por los jueces laborales demandados, porque las restricciones que les ha deparado no están justificadas constitucionalmente. Y dado que el nivel de cumplimiento de derechos fundamentales, que depara esa interpretación jurídica, es inferior al óptimo, entonces debe considerarse contraria a la Constitución, por implicar un desconocimiento directo de su fuerza normativa...

³³ Diario Oficial, Año LXXX- Número 25658, del lunes 2 de octubre de 1944.

³⁴ Así ha ocurrido en España, por ejemplo; cfr., Alonso García, Manuel: *Curso de Derecho del trabajo*, Octava edición, actualizada, Barcelona, Ariel, p. 577. También ha tenido vigencia en Argentina; cfr., Cabanellas, Guillermo: *Contrato de trabajo. Parte general*, Vol. III, Buenos Aires, Ameba, 1964, p. 677. En México estuvo vigente durante un tiempo; cfr., De la Cueva, Mario: *Derecho mexicano del trabajo*, Tomo I, México, Porrúa, Cuarta edición, 1959, pp. 887 y ss. En la doctrina colombiana, ha sostenido esa tesis de lege ferenda para algunas prestaciones, por ejemplo, Sánchez, Jorge Enrique: *Manual teórico y práctico de derecho del trabajo colombiano*, Bogotá, Ediciones Lex, 1946, pp. 73 y 74.

41. Por tanto, contar la prescripción de las acciones orientadas a reclamar prestaciones derivadas de un contrato realidad desde el momento en el cual se causan, corresponde a una interpretación que, como se ha dicho, es desproporcionada porque es innecesaria; es decir, porque hay más de una interpretación distinta de esa, que satisface las mismas finalidades pero sin interferir de forma grave (sin crear un incentivo) para desalentar el respeto de) los derechos a la primacía de la realidad sobre las formas y de acceder a una administración de justicia efectiva, como sí lo hace la interpretación acogida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Florencia y la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia.

42. Pero, contra la anterior conclusión podría argumentarse que no es del todo exacta, por cuanto si bien cualquiera de las interpretaciones alternativas a la dominante resulta más benigna al momento de proteger el derecho de acceso a la administración de justicia y el principio de primacía de la realidad sobre las formas, no garantiza la seguridad jurídica y la recta administración de justicia del modo en que lo hace la interpretación, adelantada en este caso por las autoridades que expidieron las providencias demandadas en tutela. Y esta objeción debe ser tenida en cuenta, pues parece que existe al menos una razón para continuar aceptando la interpretación viviente en la justicia ordinaria laboral, y es su contribución en la garantía de la seguridad jurídica y la recta administración de justicia.

43. Sin embargo, incluso si se toma como cierta y definitiva esa afirmación, y se concluye, entonces, que la interpretación adoptada por los jueces laborales ordinarios protege de un mejor modo la seguridad jurídica (entendida como la orden de ponerle fin prontamente a la posibilidad de ventilar los conflictos ante la justicia) y la recta administración de justicia (entendida como la prohibición de ventilar causas que no tienen mucho o carecen por completo de fundamento); incluso si se acepta que ninguna de las interpretaciones alternativas puede garantizar esos fines en el grado en que lo hace la interpretación, que aquí ha dado en llamarse 'dominante', en todo caso no se trataría de una conclusión con la fuerza suficiente como para determinar la superioridad de la doctrina viviente en lo ordinario, sobre las razones que se le oponen.

44. Por el contrario, si se comparan las razones que están del lado de la interpretación acogida por los jueces laborales demandados, con las que militan a favor de considerar que ella debe estar prohibida porque es innecesaria y desproporcionada, se llega a la conclusión de que tienen más valor las últimas que las primeras.

45. En efecto, (i) la importancia de los derechos que obran a favor de prohibir la interpretación dominante en lo ordinario (el derecho a la primacía de la realidad, el derecho a acceder a una justicia efectiva y a la seguridad jurídica) es superior a la que tienen los principios que respaldan su mantenimiento y consolidación (la seguridad jurídica y la recta administración de justicia). Los primeros tienen una clara pertenencia al ordenamiento constitucional (arts. 53 y 229, C.P.). En cambio, del otro lado, aparece un derecho con linaje constitucional, que es el que se tiene a la protección de la seguridad jurídica.³⁵ Principio que, por lo demás, también está –en otra de sus dimensiones- en contra de considerar como válida la doctrina dominante en lo ordinario laboral.

46. Por otra parte, (ii) al comparar el nivel de sacrificio que supone para los derechos de acceso a la administración de justicia y de primacía de la realidad sobre las formas, el hecho de admitir la interpretación acogida por los jueces laborales ordinarios, comparado con el nivel de sacrificio que produce cualquier otra alternativa para los principios de la seguridad jurídica y la recta administración de justicia, se puede advertir que la interpretación dominante en lo ordinario es lesiva del derecho a que prevalezca la realidad sobre las formas, por el modo en el cual crea un incentivo para que los empleadores eludan realizar la contratación en los términos dispuestos por la ley laboral, ya que en cualquier caso no tendrían nada para perder, mientras que podrían ganar mucho, si el trabajador se demora en interponer las acciones para desentrañar la realidad del vínculo. Asimismo, la interpretación viviente en la justicia laboral ordinaria desprotege de una manera apreciable el derecho de acceso a la administración de justicia por parte de los trabajadores, pues una amplia cantidad de prestaciones realmente causadas a favor del trabajador se ve privada de efectividad, como en este caso, y toda persona tiene derecho prima facie a que en sede judicial sus derechos produzcan todos los efectos que les atribuye la ley sustancial. De igual modo, la seguridad jurídica, entendida como la certeza de que la ley habrá de ser observada adecuadamente, se desprotege, cuando quien la elude resulta beneficiado pues la conducta irregular le promete menores costos que el comportamiento ajustado al derecho.

Aunque es preciso aceptar que la interpretación acogida por los jueces laborales demandados garantiza el principio de seguridad jurídica, entendido como el deber de ponerle fin a la posibilidad de iniciar litigios laborales, lo cierto es que cualquier de las interpretaciones alternativas a la dominante en lo ordinario le pone fin a esa misma posibilidad, aun cuando tiempo después del límite que les impone a las acciones el entendimiento legal

³⁵ Sentencia C-613 de 1996 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, AV José Gregorio Hernández Galindo).

enjuiciado. Eso significa que nunca, bajo ninguna de las hipótesis interpretativas aquí sugeridas, queda abierta indefinidamente la posibilidad de instar a la justicia para reclamar las prestaciones laborales emanadas de un contrato realidad. Por consiguiente, tampoco desprotegen de forma abierta o indeseable la seguridad jurídica.

47. Finalmente, la Sala considera que (iii) los sacrificios ocasionados por la interpretación adoptada por los jueces laborales, en el proceso ordinario del tutelante, no se ven compensados por los beneficios que produce. En cambio, los sacrificios que implica el uso de cualquiera de las alternativas de interpretación, sí se ven compensados por los beneficios que producen en los derechos a la primacía de la realidad, a acceder a una administración de justicia efectiva, y a la seguridad jurídica comprendida como el derecho a que la ley no sea eludida injustificadamente.

En efecto, mientras que, como se vio, la interpretación dominante en lo ordinario desprotege de forma abierta los derechos fundamentales de los trabajadores, y garantiza de forma plausible el derecho a la seguridad jurídica, lo cierto es que el otro de los principios que dice proteger, lo satisface de manera eventual, y su garantía efectiva puede o no depender de la prescripción. De hecho, se cae de su peso que no en todos los casos, por la vía de la interpretación dominante, se va a lograr una recta administración de justicia, porque la presentación de demandas infundadas no depende exclusivamente del tiempo que demore el trabajador en presentarlas, sino de qué tantos elementos de juicio pueda recaudar quien la activa, lo que obviamente depende del tiempo pero no sólo de él. Luego, los beneficios que produce esa interpretación son apreciables, pero no compensan los sacrificios que produce en los derechos de los trabajadores. En el caso del tutelante pudo verse cómo, de todo el tiempo que trabajó para el Instituto de Seguros Sociales, que fue equivalente a casi ocho (8) años de servicios, sólo pudo reclamar algunos meses de prestaciones laborales. Eso supone aceptar que una persona debe estar sometida a las órdenes de otra, y subordinar su voluntad a la de otra, y prestarle sus servicios personalmente, sin recibir a cambio las prestaciones consideradas mínimas, e indispensables, para evitar que la relación de trabajo subordinado sea en realidad una relación de explotación inadmisibles.

En cambio, cualquiera de las interpretaciones alternativas a la dominante, trae beneficios, el más importante de los cuales es el de evitar la explotación de los trabajadores con usos ilegítimos de apariencias no laborales para contratar servicios personales y subordinados. Además de ese cometido, la seguridad jurídica persigue que quienes se emplean tengan la certeza de que habrán de ser tratados como lo exige la ley, sin contravención de lo que disponen las normas sobre los reconocimientos justos a los trabajadores. De modo que, aunque los entendimientos

alternativos al dominante, por una parte desprotegen relativamente la seguridad jurídica (al prolongar el fin del término para iniciar un proceso), por otra parte también la protegen relativamente (al garantizar una aplicación óptima de los principios constitucionales al trabajador). Así las cosas, puede decirse que el nivel de sacrificio está compensado adecuadamente.

48. Ahora bien, no cabe duda de que existen razones muy fuertes para evitar que quede abierta la posibilidad de un sujeto de instar a los jueces para que decidan sobre un determinado asunto socialmente relevante. En ese sentido, sería innegable que la prescripción pronta de las acciones laborales tiene el propósito de garantizar la seguridad jurídica, como lo señaló esta Corte en la sentencia C-072 de 1994.³⁶ Pero la seguridad jurídica, así entendida, no puede ser alcanzada a toda costa. Parece que debe existir, ciertamente, pero sin sacrificar de un modo irrestricto otros principios constitucionales importantes. Este propósito se logra, como se ha venido diciendo, con el entendimiento dominante en la justicia contencioso administrativa.

En consecuencia, la tesis adoptada en las providencias laborales que se cuestionan, aunque es una plausible interpretación estrictamente legislativa y coincide con la orientación dominante en la justicia laboral sobre la forma de contar los términos de prescripción de las acciones, cuando se enderezan a solicitar el reconocimiento y pago de prestaciones derivadas de un contrato realidad, desconoce la Constitución en cuanto supone una limitación desproporcionada del derecho de los trabajadores de acceder a la justicia para hacer valer su derecho sustancial fundamental a la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación y a la seguridad jurídica".

Luego entonces, para el **CASO CONCRETO**, resulta plausible aceptar, como, se insiste, lo ha venido haciendo este Tribunal, en consonancia con el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo y la Corte Constitucional, que en asuntos en que se discute la materialización de una verdadera relación laboral – Contrato Realidad-, la sentencia que declare dicho instituto, es constitutiva, por lo cual, el término de prescripción, solo inicia, al momento de quedar ejecutoriada la decisión judicial correspondiente.

³⁶ (MP Vladimiro Naranjo Mesa).

Para resaltar, valga anotar que el Honorable Consejo de Estado³⁷, sobre el tema ha dicho:

*“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, mediante sentencia de 19 de febrero de 2009, expediente 3074-2005, la **Sala Plena de la Sección Segunda** replanteó 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,

³⁷ Supra, nota 31. Decisión que a su vez fue acogida por la sección quinta del Consejo de Estado, en providencia del 24 de abril de 2013. Expediente 2013-01015-01(AC). C.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro, donde se indicó: “Consideró la Corte que la interpretación de la norma en el sentido de contabilizar la prescripción a partir del proferimiento de la sentencia resulta proporcionada a la finalidad de protección del principio de la primacía de la realidad sobre las formas contractuales y, adicionalmente, garantiza el de seguridad jurídica, de tal manera que en la medida en que las autoridades judiciales accionadas, decidieron conforme al precedente de su superior funcional y de la Corte Constitucional, no están vulnerando los derechos fundamentales alegados por el actor. Es así como en las providencias cuestionadas se realizó una adecuada aplicación de las normas sustanciales y procesales al caso concreto, interpretándolas de conformidad con los precedentes sobre el tema.”

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 una situación anterior no existe prescripción pues la obligación, como se dijo, surge con la presente sentencia, tesis que la Sala en esta oportunidad acoge en su integridad."

En consecuencia la Sala declarará la existencia del contrato realidad y accederá a las pretensiones de la demandada advirtiendo que la sentencia es constitutiva de derechos y en tal sentido no hay lugar a prescripción."

Por lo tanto, acogiendo el **precedente judicial, por demás, unificado por el Consejo de Estado**, que hasta la fecha, no ha sido modificado, debe afirmarse, que no hay lugar a declarar la prescripción de los derechos laborales, solicitados por el demandante, por cuanto, 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 sostuvo el juez de primera instancia, razón por la cual, en el caso de marras, no existe el fenómeno prescriptivo alegado.

En ese orden de ideas, se debe revocar la sentencia de 27 de julio de 2015, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, como quiera que este Tribunal, no acoge los argumentos expuestos en esa decisión.

Resuelto lo anterior, no queda otro camino que entrar a resolver de fondo el presente asunto.

Observa la Sala, que del estudio y valoración integral del acervo probatorio, se encuentra probada la existencia de una verdadera relación laboral entre las partes de este proceso, la cual se intentó encubrir, mediante la suscripción de sendos contratos de prestación de servicio, ya que fue demostrado:

- Que el señor REINALDO JOSÉ HERRERA SANTIZ, estuvo vinculado al Departamento de Sucre – Secretaría de Educación Departamental, mediante órdenes de prestación de servicios, en los siguientes períodos a saber³⁸:

- i) O.P.S. (1 de marzo a 30 de junio de 1999). (fl. 10 del C.1.)
- ii) O.P.S. (1 de julio a 30 de noviembre de 1999). (fl. 11 del C.1)
- iii) O.P.S. (7 de marzo a 10 de diciembre de 2000). (fl. 12 del C.1)
- iv) O.P.S. (12 de febrero a 11 de mayo de 2001). (fl. 13 del C.1)

Las órdenes de prestación de servicios, tenían por objeto, que el demandante, prestara sus servicios como docente en el área de matemática en el Colegio Antonio Lenis, afirmación que por demás, en tratándose de docentes, hace presumir subordinación, en tanto, la educación es una función estatal, sometida a las directrices que el mismo brinde.

- Igualmente, se advierte la **prestación personal del servicio** del señor REINALDO JOSÉ HERRERA SANTIZ, conforme se desprende del certificado de tiempo de servicios, de fecha 18 de febrero de 2014, suscrito por el Líder de Programa Administrativo y Financiero de la Secretaria de Educación Departamental, en el que se hace constar, que el actor prestó sus servicios como docente en el Colegio Antonio Lenis, en los periodos antes referenciados³⁹.

³⁸ Ratificados también con la certificación de fecha 18 de febrero de 2014 (folio 19), lo que a su vez, pone a salvo la prueba documental que aparece a folio 13, en tanto, si bien es cierto, dicho documento no tiene firma, aquella acredita su existencia.

³⁹ Folios 19 del C.1

- Durante la prestación de sus servicios, el demandante, recibió una **contraprestación económica**, tal como se desprende de las órdenes de prestación de servicios, en las que se aprecia, que se establecieron unos valores a pagar, por el desarrollo de la labor encomendada, por las sumas de \$ 2.282.364, \$ 2.840.150, \$ 5.019.040 y \$ 2.024.247; pruebas que dicho sea de paso, no fueron controvertidas por la entidad demandada, con evidente ejecución de la orden prestacional, tal y como puede desprenderse del certificado obrante a folio 19, que da cuenta del tiempo de servicio que prestó el demandante.

Ahora, se ha dicho por la jurisprudencia contenciosa, que cuando existe un contrato de prestación de servicios, entre un docente y una entidad pública, tácitamente, subyace la existencia de **subordinación**, tal y como se mencionó anteriormente; lo que, aunado a los demás elementos de la relación laboral, genera el reconocimiento de una relación de trabajo, que en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

Sobre el tema, el Honorable Consejo de Estado en providencia de fecha 15 de junio de 2006, Consejero Ponente Dr. Alberto Arango Mantilla, estableció:

*“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. (Negrilla para resaltar)*

(...)

Entonces, 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. (Subrayado por fuera del texto)

(...)

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".

En este sentido, se concluye, sin efectuar mayor disquisición, que entre el Departamento de Sucre – Secretaría de Educación Departamental y el señor REINALDO JOSÉ HERRERA SANTIZ, existió una verdadera relación laboral, en tanto, los servicios que prestó como docente, son propios del servicio de la educación, llevando ínsita, la subordinación, que aunada, a los demás elementos, como son, la prestación personal del servicio y la remuneración, que no se ponen en duda en este caso, hacen que aparezca una verdadera relación laboral.

En ese orden de ideas, se tiene por acreditada la existencia de una relación laboral entre la partes, respecto de los periodos laborados entre el 1º de marzo a 30 de junio de 1999, 1º de julio a 30 de noviembre de 1999, 7 de marzo a 10 de diciembre de 2000 y 12 de febrero a 11 de mayo de 2001; por tal motivo, este Tribunal, **revocará** la decisión de primera instancia, que declaró prescritos los derechos laborales reclamados por el actor en el presente asunto, accediendo a lo pretendido, iniciando por declarar nulo el acto administrativo demandado.

Del restablecimiento del derecho

Conforme a lo anterior, se condenará, al DEPARTAMENTO DE SUCRE – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL, a pagar el valor equivalente a las prestaciones sociales que se reconocen a los empleados de la entidad, que desempeñaban similar labor docente, durante los periodos que prestó

sus servicios el señor REINALDO JOSÉ HERRERA SANTIZ, comprendidos entre el 1 de marzo a 30 de junio de 1999, 1 de julio a 30 de noviembre de 1999, 7 de marzo a 10 de diciembre de 2000 y 12 de febrero a 11 de mayo de 2001, liquidadas conforme al valor pactado en los contratos de prestación de servicios, así como el pago de los aportes por dicho período, al sistema de seguridad social (pensión y salud) en su proporción respectiva, anotándose que tales cotizaciones, tendrán efecto respecto de cualquier derecho pensional que a futuro reclame el accionante.

El valor de la condena se actualizará, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh * \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el índice inicial, será el día en que debió efectuarse el pago y el índice final, corresponde al día en que, efectivamente, se realice el pago de lo ordenado.

Por el contrario, no se accederá como restablecimiento del derecho, al pago de los dineros descontados del salario, por concepto de retención en la fuente, por cuanto, tratándose del cobro anticipado de un impuesto que recae sobre la renta del contratista (impuesto a la renta), una vez cancelado, corresponde a la administración de impuestos nacionales (DIAN), proceder a su devolución, por ende, cualquier reclamación, debe dirigirse a tal ente, de ahí que se negará la pretensión.

Otro tanto ocurre con los intereses moratorios reclamados en demanda, en tanto, reconocido el derecho, solo a partir de este momento, puede sostenerse la posible existencia de intereses moratorios, de ahí que se negará, igualmente, tal pretensión.

2.4.- De la condena en costas.

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 ambas instancias, 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.

DECISIÓN

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: REVOCAR la sentencia de 27 de julio de 2015, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, conforme las razones expuestas, en la parte considerativa de esta providencia; y en su lugar se dispone:

- 1. DECLARAR** no probada la excepción de prescripción, propuesta por el Departamento de Sucre, conforme lo anotado.
- 2. DECLÁRESE** la nulidad del oficio No. SED.LPAF.700.03.0426 de marzo 14 de 2014, proferido por el Líder de Programa Administrativa y Financiera de la Secretaria de Educación Departamental, mediante el cual, se niega el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales generadas, como consecuencia de la relación laboral existente entre las partes.
- 3. CONDÉNESE, al DEPARTAMENTO DE SUCRE – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL,** a pagar el valor equivalente a las prestaciones sociales que se reconocen a los empleados de la entidad que desempeñaban similar labor a la del actor, durante los periodos que prestó sus servicios el señor REINALDO JOSÉ HERRERA SANTIZ, comprendidos entre el 1 de marzo a 30 de junio de 1999, 1 de julio a 30 de noviembre de 1999, 7 de marzo a 10 de diciembre de 2000 y 12 de febrero a 11 de mayo de 2001, liquidadas conforme al valor pactado en los contratos de prestación de servicios, así como el pago de los aportes por dicho período, al sistema de seguridad

social (pensión y salud) en su proporción respectiva, anotándose que tales cotizaciones, tendrán efecto respecto de cualquier derecho pensional que a futuro reclame el accionante.

El valor de la condena se actualizará, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh * \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el índice inicial, será el día en que debió efectuarse el pago y el índice final, corresponde al día en que, efectivamente, se realice el pago de lo ordenado.

3. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de ambas instancias, 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 Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 0031/2016

Los magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ