



13-001-33-33-008-2012-00161-01

Cartagena de Indias D.T y C., quince (15) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2012-00161-01
Demandante	GLENIS DEL SOCORRO LLERENA TÓRRES Y OTROS
Demandado	DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Actuación	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
Tema	CONTRATO REALIDAD / PRESCRIPCIÓN

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de veintidós (22) de agosto de dos mil catorce (2014), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, que declaró la prescripción de los derechos reclamados y negó las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1. Declaraciones y condenas.

La pretensión radicó en la solicitud de declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el oficio interno SED-2011-RE-3039, por medio del cual se dio respuesta a la reclamación administrativa presentada el día 10 de abril del 2012, y a partir del cual se negó el reconocimiento y pago de la liquidación de prestaciones sociales a cada uno de los demandantes.

Se suplicó también el reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales y las indemnizaciones por falta de pago derivadas de los contratos de prestación de servicios suscritos entre el ente demandado y los actores: GLENIS DEL SOCORRO LLERENA TORRES, IVON TORRENS DE LONG, JESÚS MARÍA SAN JUAN SALTARÍN, JOSÉ FRANCISCO GODOY DAUTT y WITHMAN RAFAEL RUBIO LICONA.

1.2. Hechos.



13-001-33-33-008-2012-00161-01

Fueron narrados en síntesis los siguientes:

- Los referidos actores trabajaron como docentes en diversas instituciones educativas del Distrito de Cartagena bajo la figura jurídica de "ordenes de servicios".
- La relación estuvo precedida de los elementos esenciales de un contrato de trabajo, tales como subordinación, prestación del servicio y salario.
- Durante los periodos laborados, los actores solo recibieron pagos por concepto de honorarios profesionales, pues la vinculación laboral, estaba vestida de la figura del contrato de prestación de servicios, de tal manera que a la finalización de dichos contratos no recibieron pagos por concepto de liquidación de prestaciones sociales.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Invoca como normas violadas las siguientes:

Constitución Política: artículos 2, 6, 13, 25 y 53.

Ley 115 de 1994: artículo 104

Decreto 2277 de 1979: artículo 2º, 44, 45

Decreto 1850 de 2002: artículo 7, 9, 11, 12.

Código Procesal del Trabajo: artículo 6

2. La contestación

Las demandadas no contestaron la demanda en término oportuno.

3. Sentencia de primera instancia

Arguyó el *a quo* como tesis de la decisión que los demandantes presentaron reclamación administrativa el día 10 de abril de 2012, según consta en los folios 25 a 43 del cuaderno No. 1, y ello indica que dicha reclamación se realizó 9 años después de que estos laboraran como docentes en el Distrito de Cartagena.





13-001-33-33-008-2012-00161-01

Precisó que sobre el término de prescripción y el momento desde cuándo se debe iniciar el conteo debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado, verbigracia la sentencia del 9 de abril del 2014 con radicación 20001-23-31-000-2011-00142-01(0131-13) que indica que para esos menesteres el plazo de prescripción es de 3 años, contados a partir del rompimiento del vínculo contractual

4. Recurso de apelación

El censor circunscribe su argumento a que la sentencia atacada es de las denominadas constitutivas de derechos, habida cuenta que, solo con la decisión judicial es que nacen los derechos.

Manifestó como piedra angular de la censura el tema de la prescripción de la acción despachada, pues no fue alegada por las demandadas ya que no contestaron la demanda y no puede el juez decretarla de oficio.

Criticó la sentencia por haber condenado en costas, con el argumento que el CGP entre las reglas que fija para dicha condena establece que solo habrá lugar cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

5. Trámite procesal segunda instancia

Mediante auto de fecha 30 de junio de 2015, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante (fl. 651 Cdno. 2º instancia) y por auto del 7 de septiembre de 2015 (fl. 654 ídem), se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

6. Concepto del ministerio público.

En esta oportunidad, el Representante del Ministerio Público no emitió concepto.

II.- CONSIDERACIONES

1. Competencia



13-001-33-33-008-2012-00161-01

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia sobre las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos de este circuito judicial.

2. Marco jurídico del recurso de apelación.

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

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

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que "las pretensiones del recurrente y su



13-001-33-33-008-2012-00161-01

voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: "*tantum devolutum quuquantum appellatum*".

3. Problema jurídico

Dados los límites establecidos en la censura, el estudio de la Sala se contraerá a determinar, dado el argumento entregado por el togado, si debe quebrarse la sentencia de primea instancia, aun cuando operó la prescripción (hecho que no es objeto de controversia), dado el carácter constitutivo – según el censor – de la sentencia apelada y en atención a que no fue alegada por las demandas.

Se precisará además lo de la condena en costas.

4. Tesis

La Sala dará argumentos para confirmar la sentencia apelada, habida cuenta que según la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado – con carácter vinculante -, es tesis revaluada la de la sentencia constitutiva de derechos en función de la no operancia de la prescripción de la acción de reconocimiento de la existencia de la relación laboral, destacándose además que la no alegación del fenómeno no impide al juez su declaratoria.

5. Argumentación normativa y jurisprudencial.

Se pone de presente al Tribunal la tesis seguida y secundada por el Consejo de Estado que sostenía que, en casos como el del *sub lite*, la obligación solo surge desde la expedición de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral — que es constitutiva del derecho —, por lo que no es procedente declarar la prescripción.

Siguese en consecuencia precisar que, de tiempo atrás, algunos despachos de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo interpretaron que, probada la existencia del contrato realidad, podía ordenarse el reconocimiento y pago de emolumentos laborales, así la





13-001-33-33-008-2012-00161-01

reclamación ante la administración y la respectiva demanda se hubiera presentado muchos años después de la terminación del último vínculo contractual.

No obstante, a través de la sentencia del 6 de septiembre de 2013¹, la Sección Segunda del Consejo de Estado precisó que **la imprescriptibilidad de los derechos laborales derivados de la existencia del contrato realidad "se ha aplicado a situaciones en que los interesados han reclamado ante la administración dentro de los 3 años siguientes a la terminación del contrato de prestación de servicios"**. Es suma, ese criterio fue reiterado en la sentencia del 9 de abril de 2014, en los siguientes términos²:

*(...) si bien es cierto, conforme al criterio fijado por la Sala de la Sección Segunda en la sentencia transcrita, solo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de la existencia de la relación laboral, **también lo es que la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral, debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración.***

Por demás, en **la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 (radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16)**, que constituye precedente vinculante y es acorde con la tesis porhijada por el a quo, se señaló:

"Respecto de la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el aludido interregno, es del caso interpretar los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en armonía con el mandato contenido en el artículo 12 (numeral 2) del convenio 95 de la OIT, de acuerdo con el cual los ajustes finales de los salarios debidos tienen lugar desde la terminación del nexo contractual con el empleador, por cuanto es desde ese momento en que se podrá demostrar que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral con el Estado (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación) y, en consecuencia, reclamar el pago de las prestaciones a las que tendría derecho de comprobarse ese vínculo, todo lo anterior en virtud de los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social.

¹ Magistrado ponente Alfonso Vargas Rincón. Radicación: 11001-03-15-000-2013-01662-01.

² Magistrado ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Radicación: 20001-23-31-000-2011-00142-01(0131-13).





13-001-33-33-008-2012-00161-01

Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la "...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales" (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador. (Negritas y subrayas de la Sala)

Entonces, el criterio imperante en el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en materia laboral, indica que el fallo que declara la existencia del contrato realidad tiene el carácter de constitutivo, siempre que el interesado solicite el reconocimiento de sus derechos en los tres años siguientes a la terminación del vínculo contractual y acuda en término a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Declaratoria oficiosa de excepciones.

Es del caso igualmente poner de presente que la ley 1437 del 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), en su regla 187, inciso 2º, dispone sin ambages que el fallador de instancia puede "decidir sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que se encuentre probada".

A su turno y a renglón seguido, el referido precepto consagra la posibilidad que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la reformatio in pejus."

Dicho esto se establece entonces que el juez no tiene límite en materia de excepciones de mérito, salvo el caso de la reformatio in pejus, en los asuntos tramitados en segunda instancia.

6. Argumentación fáctica – probatoria

6.1. Caso concreto.

En el caso concreto, la sentencia apelada declaró configurada la prescripción - hecho no refutado per se en la censura - , en razón de que los actores no reclamaron el pago de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad sino hasta pasados 9 años de haberse terminado la relación, dejándose fenecer sin interrupción el término de los



13-001-33-33-008-2012-00161-01

tres años siguientes a la terminación del vínculo contractual con el Distrito de Cartagena de Indias.

Para la Sala entonces, esa decisión está acorde con el alcance que la Jurisprudencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado le fijó a la tesis de la sentencia constitutiva de derecho y, por lo tanto, no incurrió en yerros de interpretación el *a quo*. Adicionase que, según los preceptos normativos que vienen de analizarse, la prescripción extintiva es declarable de oficio por el juez sin miramientos de ninguna categoría y en la medida de su corroboración, luego no son de recibo entonces los argumentos entregados con la censura sobre el particular.

Por demás, debe aclararse que la sentencia apelada no declaró la relación laboral, luego en este caso, no es dable hablar de sentencia constitutiva de derechos y obligaciones.

Ahora bien, en lo que respecta a la condena en costas, los argumentos en que apoya el censor su crítica, más que confrontar las tesis que sirvieron de base a la decisión de fondo (razón de ser del recurso de alzada), se enderezan a reproducir el contenido textual de la norma sobre la cual descansa la condena. Pero en todo caso, el aserto que sugiere que la misma procede en primera instancia solo cuando el fallo queda en firme no puede ser aceptado, pues no hay norma dentro del compendio de aquellas que regulan la materia que recoja dicho supuesto de hecho; contrario a ello, el artículo 365 es claro en señalar, adoptando un criterio objetivo, que se debe condenar en costas a quien resulte vencido en el proceso, "o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, suplica, anulación o revisión que se haya propuesto". Lo que está condicionado a la ejecutoria del fallo no es la condena en costas, sino su liquidación, según se advierte del primer inciso del artículo 366 del CGP.

Además, la condena en costas no ha sido liquidada, pues como bien lo manifiesta el apelante, la misma se debe extender a lo que aparezca causado y en la medida de su comprobación, luego no hay razón para quebrar el juicio de primer grado so pretexto de que "no aparece probado gasto alguno", habida cuenta que el escenario para la comprobación de gastos no es precisamente la segunda instancia, sino el trámite de liquidación posterior a la ejecutoria del fallo que ponga fin al proceso, en el que valga la aclaración, el condenado tiene la posibilidad de interponer



13-001-33-33-008-2012-00161-01

los recursos de ley contra la decisión que le pone fin. Aceptar lo que se sugiere sería tanto como permitir un juicio de reproche contra una decisión que todavía no existe, luego, por sustracción de materia no es valedero el reproche a la condena en costas decretada en primera instancia.

Por lo expuesto debe imperar la confirmación de la sentencia apelada.

7. Condena en costas en segunda instancia.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas en segunda instancia, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1° del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte **"a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación"**, y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, se condenará a la parte **demandante** al pago de las costas que efectivamente se hayan causado en segunda instancia, ordenando su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., para que de manera concentrada se liquiden a instancias del *a quo*, incluyéndose en las mismas las agencias en derecho que procederá a fijar la Sala dando aplicación al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, artículo 3, en armonía con el artículo 6, numeral 3.1.3., en el cual se dispone que en los asuntos de segunda instancia con cuantía, adelantados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las agencias en derecho se fijarán en la suma de hasta el 5% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

En ese orden, para la tasación de las agencias en derecho, la Sala encuentra razonable fijarlas en la suma de CIENTO TREINTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$ 135.957), que corresponden al 0.5% de las pretensiones patrimoniales estimadas en la demanda.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA





13-001-33-33-008-2012-00161-01

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia apelada.

SEGUNDO: CONDÉNASE a la parte demandante, al pago de costas procesales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, para cuya liquidación se deberá observar lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código de General del Proceso, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Juez de primera instancia conforme lo indican las citadas disposiciones, e incluirán el valor de las agencias en derecho fijadas en la suma de CIENTO TREINTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$ 135.957), de acuerdo a lo dispuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

Sin condena en costas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

ARTURO MATSON CARBALLO

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ