13-001-33-33-004-2015-00282-01

Cartagena de Indias D. T. y C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-004-2015-00282-01
Demandante	FERNANDO RANGEL ITURRIAGO
Demandado	DEPARTAMENTO DE BOLIVAR
Tema	Contrato realidad
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Corresponde a esta Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha seis (06) de marzo de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda, por haberse derrotado ponencia del Magistrado Dr. JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL en sesión de fecha 9 de agosto del año en curso, dentro del procesa que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instauro el señor FERNANDO RANGEL ITURRIAGO, actuando a través de apoderado judicial, contra el DEPARTAMENTO DE BOLIVAR.

III.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

La demanda se dirige concretamente a que se declare: i) la nulidad del acto administrativo ficto o presunto negativo producto de la solicitud que hiciere el demandante el día 02 de julio de 2014.

A título de restablecimiento del derecho se solicita que: i) se le reconozca, liquide y pague las sumas de dinero producto de los salarios de los meses de diciembre de 1992; enero y diciembre de 1993; enero a noviembre de 1994; (ii) las cesantías de los años 1992, 1993 y 1994; (iii) los intereses de cesantías de los años 1992, 1993 y 1994; (iv) la prima de navidad de los años 1992, 1993 y 1994; (v) la prima de servicios de los años 1992, 1993 y 1994; los subsidios de transporte y alimentación de los años 1992, 1993 y 1994; el valor de dotaciones de los años

1992, 1993 y 1994; (vi) que los valores a pagar al demandante se le aplique la indexación moratoria; (vii) pague las costas y gastos del proceso y (viii) dé cumplimiento de la sentencia conforme a los términos de Ley.

1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

- EL señor FERNANDO RANGEL ITURRIAGO, fue vinculado como docente del Departamento de Bolívar a través de la Secretaria de Educación Departamental de Bolívar, mediante oficio No. 0143 del 24 de marzo de 1992.

- El demandante durante el tiempo que estuvo laborando contratado por la entidad demandada en la modalidad de solución educativa, desempeñó la labor directamente bajo las dependencias y directrices de la Secretaria de Educación Departamental de Bolívar, recibiendo por esa labor un salario mensual, esto significa que se cumplía con los tres (03) elementos del contrato de trabajo.

- No obstante a lo anterior, el Departamento de Bolívar nunca le pagó al señor FERNANDO RANGEL ITURRIAGO durante el tiempo contratado y laborado las siguientes conceptos: cesantías, intereses de cesantías, prima de navidad y de servicio, subsidios de transporte y alimentación, los salarios correspondientes a los meses de diciembre de 1992, enero a diciembre de 1993; y los meses de enero a noviembre de 1994; como tampoco le suministró ni canceló las dotaciones de los años 1992, 1993 y 1994.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El demandante señaló como normas violadas las siguientes: preámbulo, artículo 25 de la Constitución Política de Colombia, Decreto 1045 de 1978, Decreto 1848 de 1969 y Decreto 3135 de 1968.

En síntesis, la parte demandante conceptúa que se vulneran los preceptos citados, por cuanto, está demostrada la existencia de la relación laboral entre las partes, y en ese sentido, debe dársele aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

2. LA SENTENCIA APELADA (fs. 88-96)

Mediante sentencia de fecha seis (06) de marzo de dos mil dieciocho (2018), el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Manifestó el A-quo que la labor realizada por el demandante no era independiente y autónoma, consolidándose así una relación de subordinación; además, que el actor prestaba sus servicios de manera personal, cumplió jornada laboral y percibió por sus servicios una contraprestación, que sería la remuneración, razón por la cual se logró desvirtuar en el presente asunto, el contrato de prestación de servicios.

3. LA APELACIÓN (fs. 98-103)

La parte demandada interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria parcial de la decisión de primera instancia y en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda, por considerar que en el presente asunto no existió relación laboral alguna, razón por la cual no nació el derecho deprecado por el actor.

Así mismo sostuvo que, los supuestos derechos laborales se encuentran prescritos, toda vez que los hechos tuvieron ocurrencia en el año 1992 hasta 1994 y solamente se hizo la reclamación en el año 2014.

4. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia de fecha trece (13) de julio de dos mil dieciocho (2018), se admitió el recurso de apelación interpuesto (f. 5 Cuaderno de 2da instancia), y finalmente, a través de auto de fecha treinta (30) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) (f. 8 Cuaderno de 2da instancia) se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto.

5. ALEGACIONES

5.1. PARTE DEMANDANTE

No presento alegatos de conclusión en esta instancia procesal.

5.2 PARTE DEMANDADA (fs. 11-16)

En los alegatos presentados en el curso de la segunda instancia, solicita que se revoque el fallo impugnado; reiterando lo expuesto en la contestación de la demanda, motivo por el cual la Sala se abstendrá de hacer anotación alguna sobre dicho escrito por economía procesal.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No presento alegatos de conclusión en esta instancia procesal.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

V.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de los apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente proceso consiste en determinar si ¿Están demostrados en el presente caso los supuestos de hecho para declarar la existencia de una relación laboral entre el DEPARTAMENTO DE BOLIVAR y el demandante, con ocasión de los alegados servicios prestados por éste, a través de contratos de prestación de servicios?

En caso de ser afirmativo el problema jurídico planteado, se confirmará la sentencia de primera instancia, en caso contrario se confirmará.

3. TESIS

La Sala confirmará el fallo de primera instancia, al considerar que en el presente asunto se configuraron la totalidad de los elementos de una relación laboral, estos son, la prestación personal del servicio, la subordinación y la respectiva remuneración, toda vez que se encuentra acreditada la continuada subordinación y dependencia que alega el demandante, que existió en desarrollo del contrato de prestación de servicios.

No obstante lo anterior, al encontrarse prescritas las prestaciones sociales, es procedente como lo estableció el A quo ordenar a la accionada a pagar la cuota parte de los aportes que por concepto de pensión, no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones, durante todo el tiempo que estuvo vigente la relación laboral, así la reclamación, con respecto a los mencionados contratos, se haya hecho por fuera del término de la prescripción trienal.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1 Del contrato realidad.

En sentencia C-154 de 1997, la Corte Constitucional, analizó la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, expresando lo siguiente:

> *"Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto,* ***para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.***
>
> *Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.*
>
> *En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales;* ***a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el***

servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del 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."
(Subraya fuera de texto)

Así, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales, surge el derecho a que sea reconocida tal relación y, a que como consecuencia se ordene a favor del contratista el derecho al pago de prestaciones sociales, independientemente de la denominación jurídica que se le haya dado a dicha relación.

Por su parte, el H. Consejo de Estado respecto del tema que se estudia, en sentencia de la Sección Segunda Subsección "B", de fecha veinte (20) de septiembre de dos mil siete (2007), Radicación número 25000-23-25-000-2000-01217-01(4107-04) señaló:

> *"El contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política. La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, la prestación personal del servicio y la remuneración por el trabajo cumplido. Es obvio que las estipulaciones de horas de trabajo, lugar de prestación del servicio y dependencia a un ente determinado son necesarias para la coordinación de la prestación del servicio de salud. Se advierte que no es suficiente para aceptar la existencia del elemento de la subordinación o dependencia, pues simplemente dice que la actora recibía órdenes, lo cual como quedó visto son necesarias para la coordinación del servicio, concluyéndose que en el presente caso se trató de un contrato de prestación de servicios. El hecho de que se haya estipulado un horario de cuatro (4) horas en cada uno de los contratos, obedece a relaciones de coordinación, que no deben confundirse con las de subordinación, propias de la relación de trabajo, pues precisamente para lograr satisfacer el objeto del contrato se requiere que las actividades del contratista estén coordinadas con las demás. La circunstancia de celebrar en forma consecutiva contratos de prestación de servicios, no evidencia por sí sola la existencia de una relación laboral, pues como ya se dijo, para que esta se configure se requiere la presencia de los tres elementos que la componen, subordinación, prestación personal del servicio y remuneración. Además de lo anterior, vale la pena aclarar que en el presente caso los contratos suscritos no fueron consecutivos pues los mismos tenían interrupciones de meses".*

De acuerdo con lo anterior, cuando se pretende el reconocimiento de una relación laboral, desvirtuando con ello la existencia de un contrato de

prestación de servicio, debe allegarse fehacientemente al proceso la prueba de la existencia de los siguientes elementos:

- Subordinación.
- Prestación personal del servicio.
- Remuneración por el trabajo cumplido.

Por otra parte, en sentencia de fecha 6 de marzo de 2008, la Sección Segunda - Subsección "A" del Consejo de Estado, expediente 23001-23-31-000-2002-00244-01(2152-06), al estudiar si era viable el reconocimiento de un contrato realidad por los períodos laborados bajo la modalidad de Contratos u Órdenes de Prestación de Servicios señaló:

> *"Debe decirse que para admitir que una persona desempeña un empleo público en su condición de empleado público -relación legal y reglamentaria propia del derecho administrativo- y se deriven los derechos que ellos tienen, es necesario la verificación de elementos propios de esta clase de relación como son:* ***1) La existencia del empleo en la planta de personal de la entidad, porque no es posible desempeñar un cargo que no existe (artículo 122 de la Constitución Política); 2) La determinación de las funciones propias del cargo (artículo 122 de la Constitución Política); y 3) La previsión de los recursos en el presupuesto para el pago de gastos que demande el empleo;*** *requisitos éstos sin los cuales no es posible hablar en términos de empleado público, a quien se le debe reconocer su salario y sus correspondientes prestaciones sociales. Además, "en la relación laboral administrativa el empleado público no está sometido exactamente a la subordinación que impera en la relación laboral privada; aquí está obligado es a obedecer y cumplir la Constitución, las Leyes y los reglamentos administrativos correspondientes, en los cuales se consagran los deberes, obligaciones, prohibiciones etc. a que están sometidos los servidores públicos".*

Y, en sentencia de doce (12) de febrero de dos mil nueve (2009), radicación No. 70001-23-31-000-1999-01156-01(1982-05), de la Sección Segunda Subsección "A", el Consejo de Estado señaló:

> *"Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista que implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.*
>
> *Así se dijo en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de estado del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039, M.-P. Nicolás Pájaro Peñaranda:*

"... si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales." (Se resalta).

Es decir, que para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público y que las actividades realizadas no eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales."

De lo anterior se concluye que, constituye una carga para el interesado, el acreditar en forma incontrovertible la subordinación, dependencia, remuneración y que de hecho desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista, en las mismas condiciones de cualquier otro servidor, siempre y cuando la aludida subordinación no enmarque simplemente una relación de coordinación entre las partes contractuales para el desarrollo de la labor encomendada, de acuerdo a las particularidades de la función que se deba desempeñar.

Demostrados los elementos propios de una relación laboral, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha aceptado que procede el reconocimiento de las prestaciones sociales y demás derechos laborales a favor del demandante a título de reparación del daño, aclarándose que las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista.[1]

[1] Ver entre otras sentencias: Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección "B", C.P. Gerardo Arenas Monsalve, 15 de marzo de 2012, radicación número: 25000-23-25-000-2008-00339-01(1395-11)

4.2 Contrato realidad- Docentes.

El Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, radicado 23001-23- 33-000- 2013-00260- 01, se refirió a la vinculación de docentes mediante contratos de prestación de servicios, dejando sentado el criterio de que por su naturaleza tal actividad implica una subordinación que no puede ser encubierta bajo esa modalidad contractual:

> *En lo que cuanto a la vinculación de docentes a través de contratos de prestación de servicios, es dable acotar que el artículo 2 del Decreto Ley 2277 de 1979 define como docente a quien ejerce la profesión de educador, es decir, "... el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo".*
>
> *Asimismo, les impone la citada normativa una serie de obligaciones y prohibiciones, entre las que se destacan: (i) "Cumplir las órdenes inherentes a sus cargos que les impartan sus superiores jerárquicos", (ii) "Cumplir la jornada laboral y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias de su cargo" y (iii) no "... abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorización previa".*
>
> *La mencionada definición de la labor docente fue reafirmada por el artículo 104[44] dela Ley 115 de 1994 (ley general de educación) al prever que "El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos... ", norma en la que además se consideró al servicio educativo como público y de responsabilidad de la Nación y de las entidades territoriales, debidamente reglamentado por el gobierno nacional, por intermedio del Ministerio de Educación Nacional en coordinación, con las secretarías de educación departamentales, municipales y distritales, bajo el: denominado plan nacional de desarrollo educativo de revisión decenal.*
>
> *Ahora bien, en relación con las actividades y/o funciones de los docentes temporales y docentes - empleados públicos, en el parágrafo primero del artículo 6° de la Ley 60 de 1993[47] se dispuso un régimen transitorio de seis años, con el objeto de incorporar progresivamente a las plantas de personal a aquellos vinculados por medio de contratos de prestación de servicios, precepto que alentaba la disparidad entre dichos regímenes jurídicos y fue objeto de censura constitucional en la sentencia C-555 de 1994[48] por infracción al artículo 13 superior, ya que con la citada incorporación progresiva[4] de los "docentes-contratistas" se afianzaba su vocación de permanencia sin discusión alguna y " ... la semejanza material de su actividad respecto a la que desempeñan los demás maestros y profesores", pues de mantenerse la norma, se permitiría una desigualdad material.[50] prohibida en la Constitución Política.*

La Corte Constitucional, en las consideraciones del citado fallo, sostuvo además que la aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, de conformidad con "Las características asociadas a la celebración de contratos administrativos de prestación de servicios con docentes temporales, por las notas de permanencia y subordinación que cabe conferir a la actividad personal que realizan, pueden servir de base para extender a ésta la protección de las normas laborales"..

Este criterio coincide con la línea jurisprudencial consolidada[51] de las subsecciones de esta Sala, en el sentido de que la labor del docente contratista no es independiente sino que el servicio se presta de manera personal y subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación.

Igualmente, es menester anotar que la actividad docente no se desarrolla en virtud de la coordinación imperante en los contratos de prestación de servicios[52], comoquiera que se cumple conforme a las instrucciones, directrices y orientaciones de sus superiores en el centro escolar, la secretaría de educación territorial y el Ministerio de Educación Nacional, es decir, no bajo su propia dirección y gobierno[53], de lo cual se infiere que la subordinación y la dependencia se encuentran inmersas en dicha labor, esto es, connaturales al ejercicio docente sujeto a los reglamentos propios del magisterio.

A manera de conclusión y de acuerdo con los derroteros trazados por ambas subsecciones, dirá la Sala que ***la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes contratistas merecen una protección especial por parte del Estado."***

5. ARGUMENTACIÓN FÁCTICA-PROBATORIA

5.1 Hechos probados

Las probanzas que seguidamente se relacionan, dan cuenta de los hechos que resultan relevantes para resolver la presente causa:

5.1.1. Mediante petición radicada el 2 de julio de 2014 el señor FERNANDO RANGEL ITURRIAGO solicitó ante el la SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE

EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR que se declare la existencia de una relación laboral y el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de que de ahí se generen (Fl. 10 del expediente).

5.1.2. Obra en el expediente Oficio No. 0143 de fecha 24 de marzo de 1993 mediante la cual la Secretaria de Educación del Departamento de Bolivar que el accionante prestara sus servicios dentro del programa SOLUCIONES EDUCATIVAS DEPARTAMENTALES en el colegio DEPARTAMENTAL DE SAN FERNANDO en el Municipio de SAN FERNANDO con una remuneración de $120.000 (Fl. 7 del expediente)

5.1.3. Obra en el expediente Oficio No. 0199 del 3 de febrero de 1993 mediante la cual la Secretaria de Educación del Departamento de Bolivar que el accionante prestará sus servicios dentro del programa SOLUCIONES EDUCATIVAS DEPARTAMENTALES en el colegio DEPARTAMENTAL DE SAN FERNANDO OSCAR SEPÚLVEDA GARCES en el Municipio de SAN FERNANDO con una remuneración de $144.000 (Fl. 8 del expediente)

5.1.4 Obra en el expediente orden de prestación de servicios de fecha 3 de marzo de 1994 suscrita entre la Gobernación de Bolivar y el señor FERNANDO RANGEL ITURRIAGO, el cual fue nombrado en el cargo de profesor especialidad educación física para el Colegio Departamental de San Fernando del Municipio de San Fernando Bolivar, con una remuneración de $172.800. (Fl. 9 del expediente)

5.1.5. Obra en el expediente Decreto No. 120 de 1994, por medio del cual se nombra en propiedad al señor FERNANDO RANGEL ITURRIAGO para desempeñar el cargo de docente de tiempo completo en una institución educativa en el Municipio de San Fernando, Bolivar, (Fl. 55-57)

5.1.6. Obra en el sub examine expediente laboral y hoja de vida del señor FERNANDO RANGEL ITURRIAGO a partir de su vinculación en propiedad en e año 1994. (Fl. 60-81)

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

En el presente caso, se tiene que con la demanda se pretende el reconocimiento de la existencia de una verdadera relación laboral entre el DEPARTAMENTO DE BOLIVAR y el demandante por el período comprendido

entre diciembre de 1992, enero y diciembre de 1993, y de enero a noviembre de 1994, en los que se alega que el actor estuvo prestando sus servicios como docente en la entidad demandada.

En ese orden, la parte demandante en su recurso de apelación manifiesta que se deben denegar las pretensiones de la demanda, por considerar que en el presente asunto no existió relación laboral alguna, razón por la cual no nació el derecho deprecado por el actor.

Así mismo sostuvo que, los supuestos derechos laborales se encuentran prescritos, toda vez que los hechos tuvieron ocurrencia en el año 1992 hasta 1994 y solamente se hizo la reclamación en el año 2014.

Así las cosas, a partir de los argumentos expuestos en el recurso de alzada propuesto, procede la Sala a valorar las pruebas obrantes en el proceso, al efectos de determinar, si se presentan los elementos que configuran la relación laboral, esto es prestación personal del servicio, remuneración, subordinación o dependencia, que permitan inferir que entre el Departamento de Bolivar y el demandante, FERNANDO RANGEL ITURRIAGO existió una verdadera relación laboral.

Prestación personal del servicio y remuneración.

La Sala considera que en el sub examine, estos dos elementos se encuentran acreditados con tres órdenes de prestación de servicios que datan del 24 de marzo de 1992, del 03 de febrero de 1993 y del 3 de marzo de 1994, según se demostró con los documentos allegados al expediente de conformidad con lo descrito en el acápite anterior.

En efecto, de la lectura de los mencionados oficios, se observa que la obligación principal del contratista era impartir las clases en calidad de docente en las instalaciones del Colegio Departamental de San Fernando en el municipio de San Fernando.

De esta manera, para la Sala es claro que para el efectivo cumplimiento del objeto contractual el señor FERNANDO RANGEL ITURRIAGO debía prestar el servicio de manera personal, razón por la cual se da por demostrado que se cumplió con este requisito necesario para configurar la relación laboral.

Por otro lado existe también prueba del elemento remuneración, pues en

cada una de las órdenes de prestación de servicios está expresamente señalado el valor a pagar por los servicios prestados por la accionante.

Así las cosas, valorados en conjunto las pruebas documentales examinadas, se concluye que están acreditados los elementos de la prestación personal del servicio y remuneración; pues sin duda, está probado que el actor se desempeñó como docente vinculado a través de la Secretaria de Educación del Departamento de Bolivar en el Colegio Departamental de San Fernando en el municipio de San Fernando desde el 24 de marzo de 1992 hasta el 4 de diciembre de 1994, toda vez que el 5 de diciembre de esa anualidad fue nombrado en propiedad mediante Decreto No. 1020 de 1994; desarrollando la misma función y trabajando en el mismo área de la entidad, de igual manera, en dichos contratos se estipula una remuneración o pago mensual por dichos servicios.

No obstante lo anterior, si bien para la Sala se encuentra acreditada la prestación personal del servicio del accionate hasta el 4 de diciembre de 1994, y el A quo estableció la relación laboral solo hasta el 31 de diciembre de 1993; teniendo en cuenta el principio de la *reformatio in pejus* el cual impide que, por regla general, se haga más gravosa la situación cuando se trate de apelante único, como en el sub examine, la Sala no modificará este aspecto.

Elemento subordinación o dependencia.

El elemento subordinación ha sido catalogado como el distintivo entre la existencia de un contrato de prestación de servicios y una verdadera relación laboral, es por ello que su análisis debe hacerse en cada caso concreto de acuerdo con los elementos arrimados al expediente.

En sentencia C-154-97[2] la Corte Constitucional, al estudiar una demanda de inconstitucionalidad, estableció las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, concluyendo que:

> "[...] ***el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales;*** *a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de*

[2] Corte Constitucional. Sentencia del 19 de marzo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

horario de trabajo para la prestación del 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" (El resaltado es de la Sala).

A su turno, la Corte Constitucional en sentencia C-640 de 2009 señala que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebida como un instrumento para atender funciones ocasionales que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad; o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse por empleado de planta o se requieran de conocimientos especializados.

En este orden, se advierte que teniendo en cuenta la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, radicado 23001-23- 33-000- 2013-00260- 01 proferida por el H. Consejo de Estado, ***"la labor del docente contratista no es independiente, sino que el servicio se presta de manera personal y subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación.*** *Igualmente, es menester anotar que la actividad docente no se desarrolla en virtud de la coordinación imperante en los contratos de prestación de servicios*[52]*, comoquiera que se cumple conforme a las instrucciones, directrices y orientaciones de sus superiores en el centro escolar, la secretaría de educación territorial y el Ministerio de Educación Nacional, es decir, no bajo su propia dirección y gobierno*[53]*, de lo cual se infiere que la subordinación y la dependencia se encuentran inmersas en dicha labor, esto es, connaturales al ejercicio docente sujeto a los reglamentos propios del magisterio."*

En este contexto, concluye la Sala que la subordinación en el sub judice es inherente a la actividad para la cual fue contratada el accionante en la medida en que dicha actividad involucra el ejercicio de la función pública como lo es la educación, la cual se encuentra reglamentada por el gobierno nacional, por intermedio del Ministerio de Educación Nacional en coordinación, con las secretarías de educación departamentales, municipales y distritales, bajo el: denominado PLAN NACIONAL DE DESARROLLO EDUCATIVO DE REVISIÓN DECENAL; por lo que el accionante no tiene margen de autonomía o discrecionalidad para ejercer dicha actividad; sino que debe hacerlo sometido a las instrucciones, políticas y horarios señalados por la entidad contratante.

Estas circunstancias en conjunto, deja en evidencia la clara subordinación y dependencia a la que estuvo sometido el demandante durante el tiempo que prestó sus servicios a la entidad demandada, y en ese sentido queda probada la subordinación en la relación laboral en el presente asunto.

En este orden, es claro que en el sub examine se configuraron los presupuestos jurídicos de un contrato realidad, estos son la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación, a pesar de que el trabajo desplegado por el actor estuvo revestido de una forma jurídica diferente que no encuadra con la naturaleza de las funciones y de la relación que mantuvo el demandate con el DEPARTAMENTO DE BOLIVAR- SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL, toda vez que la relación suscitada tiene unas características diferentes que contrastan con la situación objetiva las condiciones reales en que prestó sus servicios de protección a la entidad accionada.

5.3. Prescripción

Precisada la existencia de una relación laboral entre el señor FERNANDO RANGEL ITURRAIGO y el DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, resulta procedente estudiar lo relacionado con el tema de la prescripción en materia de contrato realidad, teniendo en cuenta que fue propuesta por la entidad accionada, aunado a lo anterior, dicha excepción también puede ser declarada de oficio por la Sala, toda vez que se trata de una excepción que ataca el derecho sustancial reclamado de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del CPACA.

En primer lugar, quedó demostrado dentro del proceso que el vínculo del demandante con la entidad accionada se acreditó mediante órdenes de prestación de servicio que datan del 24 de marzo de 1992 y del 03 de febrero de 1993, no obstante, la Sala no tiene certeza de la duración exacta de dichas vinculaciones, por lo que el tiempo que se tendrá en cuenta para la prescripción será desde el 24 de marzo de 1992 hasta el 31 de diciembre de 1993, según los contratos aportados en el sub examine.

Por lo anterior, se estudiará la prescripción frente al vínculo laboral desde el día siguiente al de la terminación del contrato, esto es, el 1 de enero de 1994, y como quiera que el demandante presentó la petición de reconocimiento de la relación laboral el 2 de julio de 2014, (Fl. 10-12)el accionante disponía de tres años a partir 1 de enero de 1994, para presentar ante la entidad la petición del reconocimiento de la relación laboral, dicho plazo venció 1 de enero de 1997, sin embargo, la petición fue presentada por la demandante hasta el 2 de julio de 2014, esto es de manera extemporánea, operando la prescripción de los derechos laborales que se derivaron de dicha relación laboral.

En ese orden, se evidencia que el accionante no acudió en oportunidad ante su empleador, ni mucho menos ante la jurisdicción, para reclamar el derecho al reconocimiento de la relación laboral deprecada de los contratos de prestación de servicios correspondientes a las anualidades de 1992 y 1993, operando la prescripción – por haber trascurrido más de tres (3) años desde la terminación del vínculo que señala fue simulado – plazo estipulado no solo en las normas especiales que rigen la vinculación de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

Así las cosas, y conforme al marco jurídico ampliamente analizado, considera la Sala que en el sub lite hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción de los derechos laborales reclamados con respecto a los contratos de prestación de servicios correspondientes a las anualidades de 1992 y 1993; y en consecuencia, denegar las pretensiones de la demanda respecto de los mismos, por cuanto si bien se sigue sosteniendo la tesis de que la sentencia que se profiere en los casos de reconocimiento de relaciones laborales, disfrazadas mediante órdenes de prestación de servicios, tiene el carácter de constitutiva de los derechos laborales, ello debe entenderse bajo el supuesto que la reclamación de reconocimiento de la relación laboral se ha realizado por el interesado, dentro de los tres (3) años siguientes a la terminación del vínculo contractual.

Debe reiterarse que, si bien el Consejo de Estado ha señalado que no hay lugar a aplicar la prescripción de los derechos cuando se cuestiona el carácter de los contratos de prestación de servicios, por ser la sentencia de contenido constitutivo, los pronunciamientos que se toman como precedentes y en especial los citados como soporte de esta providencia, tienen una premisa fáctica común y es que la parte demandante reclamó su derecho antes de transcurrir 3 años, contados a partir de la fecha en que finalizó el vínculo contractual con la Administración, lo cual no ocurre en el presente caso con respecto de las ordenes de servicios correspondientes a las anualidades de 1992 y 1993, en que la reclamación se elevó trascurrido más del término legal. En suma, aunque es cierto que quien se vincula a través de órdenes de prestación de servicios no tiene la condición de trabajador, si llegare a pretender que le sea reconocida ésta y los derechos laborales y prestacionales correspondientes, debe someterse en igualdad de condiciones a las normas que los regulan y que prevén la prescripción extintiva de los mismos, como figura constitucionalmente aceptada.

Por otra parte, en cuanto a la seguridad social del demandante, con respecto a la vinculación laboral suscitada en los años 1992 y 1993, al estar establecida la relación laboral en el sub judice y al ser estos conceptos de carácter imprescriptible, la Sala concuerda con el A quo al reconocer al accionante a titulo indemnizatorio la cuota parte de los aportes que por concepto de pensión la Entidad demandada no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones, durante todo el tiempo que estuvo vigente la relación laboral, así la reclamación, con respecto a los mencionados contratos, se haya hecho por fuera del término de la prescripción trienal.

Lo anterior conforme, a lo establecido en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016 en la cual el Consejo de Estado precisó "*...ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad... iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra e, del CPACA).*"

Por lo anterior, se confirmará la providencia de fecha seis (06) de marzo de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

6. Condena en Costas

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación de la parte demandada en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandante, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera

Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

En este caso, se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada[3].

En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandante, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia apelada de fecha seis (06) de marzo de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ejercido por el señor FERNANDO RANGEL ITURRIAGO, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada, liquídense por la Secretaría del Juzgado de Primera instancia, conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha liquidación las agencias en derecho, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha, según consta en Acta No. ____

LOS MAGISTRADOS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS **JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**

[3] Acuerdo 1887 de 2003, artículo 3o.