



República de Colombia
Rama Judicial
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE
SINCELEJO
SUCRE

Sincelejo, veintisiete (27) de febrero de dos mil quince (2015)

Radicado N°: 70001 33 31 001 2013 00242-00

Demandante: DIANIS BENEDID PEREZ BANQUET

Demandado: MUNICIPIO DE SINCELEJO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

TEMA: Contrato realidad. Prestaciones sociales a docente vinculado por contrato de prestación de servicios.
--

Como quiera que en este proceso se han agotado las etapas que anteceden a la fase de la sentencia (arts. 179, 180, 181 y 182 del C.P.A.C.A.), se cumplen los presupuestos procesales para proferir fallo, no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, ni impedimento procesal alguno, se procede a dictar **sentencia de primera instancia**.

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA (fls. 1 - 10).

1.1.1. Partes (fl. 1)

- Demandante: Dianis Benedid Pérez Banquet, quien se identifica con cédula de ciudadanía No.64.554.933 y actuó a través de apoderado judicial (fls. 10).
- Demandada: **Municipio de Sincelejo (Sucre).**

1.1.2. Pretensiones (fl. 2-3)

Las pretensiones de la demanda son expuestas por la parte demandante de la siguiente manera:

1. Declárese la nulidad del oficio N° 1.8.1889.11.2012 del 23 de noviembre de 2012, mediante el cual se resolvió el derecho de petición presentado por la demandante; del oficio N°1.8.1993.12.2012 del 5 de diciembre de 2012, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el oficio anterior; la nulidad de la Resolución N° 1108 del 3 de abril de 2013 mediante la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el oficio anterior, todos proferidos por el municipio de Sincelejo.
2. Declarar que la demandante como docente vinculada mediante órdenes de prestación de servicio, tiene derecho a que la administración le reconozca, liquide y pague las prestaciones sociales y demás derechos laborales generados de la relación laboral existente.
3. Declarar que entre el Municipio de Sincelejo y la demandante, existió una relación laboral, por cuanto se dan los elementos de prestación personal del servicio, subordinación y remuneración.
4. Declarar que el tiempo de servicio laborado por la demandante a través de órdenes de prestación de servicio comprendido entre el 14/03/1995 al 30/11/1995; del 6/02/1996 al 30/11/1996; del 1/02/1997 al 12/12/1997; del 1/02/1998 al 30/11/1998; del 1/02/1999 al 30/11/1999; del 01/05/2000 al 30/07/2000; del 1 al 30 de noviembre de 2000 y del 01/05/2001 al 30/11/2001, sea computado para efectos pensionales de conformidad con la ley 100 de 1993.

1.1.3. Hechos (fl.1- 2).

Son expuestos por la parte demandante de la siguiente manera:

1. El demandante prestó sus servicios como docentes del servicio Público del Municipio de Sincelejo, de la planta docente de la entidad territorial, a través de las denominadas ordenes de prestación de servicio durante el tiempo comprendido entre el : 14/03/1995 al 30/11/1995- del 06/02/1996 al 30/11/1996; del 01/02/1997 al 12/12/1997; del 01/02/1998 al 30/11/1998; del 01/02/1999 al 30/11/1999; del 01/02/199 al 30/11/1999; del 01/05/2000 al 30/07/2000; del 01 al 30 de noviembre de 2000 y del 01/05/2001 al 30/11/2001.
2. Ejerció sus funciones como docente bajo órdenes y dirección de las autoridades Educativas de la entidad demandada, en idéntico calendario y jornada laboral que aquellos docentes que laboran en la actividad estatal de la docencia y cuya vinculación fue mediante acto legal y reglamentario.
3. El demandante durante el tiempo indicado anteriormente, mantuvo una relación de carácter laboral con la administración, pues concurren los elementos esenciales de una relación de trabajo, actividad personal del trabajador, continuada subordinación, un salario como retribución del servicio.
4. A pesar que los docentes contratados a través de órdenes de prestación de servicio realicen la misma actividad y cumplan las mismas funciones de los de planta, son sometidos a un régimen contractual y no a uno legal, que los coloca en situación más desfavorable.
5. Debe ser materia de análisis el hecho de que la labor desempeñada por el demandante al servicio de centros educativos del Municipio de Sincelejo, es de docente, y que por lo mismo se enmarca dentro del tratamiento legal que se da a los docentes “servidores públicos”.
6. A través del derecho de petición se solicitó a la entidad demandada, que reconociera la relación laboral existente con la demandante y el consecuente pago de las prestaciones sociales causadas.
7. Mediante oficio N° 1.8.1889.11.2012 del 23 de noviembre de 2012, la entidad demandada resolvió negar el reconocimiento y pago de prestaciones sociales.
8. Contra el acto administrativo mencionado se presentó recurso de reposición y en subsidio el de apelación, la administración municipal mediante oficio N° 1.8.1993.12.2012 de fecha 5 de diciembre de 2012; y mediante la

Resolución N° 1108 del 3 de abril de 2013 mediante la cual confirma la decisión de negar los derechos.

1.1.4. Normas violadas y concepto de la violación (fls. 3-8).

1.1.4.1. Normas violadas (fl.3-8).

La demanda considera como vulneradas, las siguientes disposiciones:

Constitución Nacional: Art. 13, 25, 53, 48.

Ley 115 de 1994

Decreto 2277 de 1979.

1.1.4.2. Concepto de la violación (fls. 7).

La parte accionante manifiesta que la violación que recae sobre estas normas se materializa por que el demandante fue contratado a través de orden de prestación de servicios, para desarrollar las mismas labores que los docentes de planta, y que en el presente caso se configuran los tres elementos de la relación laboral: prestación personal de servicio; continuada subordinación y remuneración como contraprestación del servicio.

1.2. ACTUACIONES PROCESALES PRINCIPALES.

La demanda fue presentada el 18 de octubre de 2013¹, y mediante auto de fecha 7 de noviembre de 2013², fue admitida.

El apoderado de la parte demandante consignó los gastos del proceso, tal y como aparece a folio 43 del expediente.

Mediante correo electrónico de fecha 18 de febrero de 2014, se notificó de la admisión de la demanda a la entidad demandada Municipio de Sincelejo y al Ministerio Público, (fl.44)

¹ Folio 9 del expediente

² Folio 41 del exp.

Según constancia Secretarial que obra a folio 45 del expediente, el día 19 de febrero de 2014, se dio traslado común por el término de 25 días a las partes conforme al artículo 199 del C.P.A.C.A.

El día 27 de marzo de 2014, se dio traslado de la demanda por el término de 30 días conforme al artículo 172 del C.P.A.C.A.³, presentando la entidad demandada contestación a la misma, proponiendo excepciones⁴, de las cuales se dio el correspondiente traslado, tal y como consta a folio 67 del expediente, siendo descrito oportunamente por la parte demandante⁵.

Mediante auto de fecha 18 de junio de 2014⁶, se citó a las partes y a sus apoderados para que asistieran a la audiencia inicial, la que se celebró el día 23 de julio de 2014, levantándose el Acta N° 046 del 23 de julio de 2014⁷, en la que se consignó las diferentes fases de la audiencia; se examinó el proceso con miras a un posible saneamiento del mismo, sobre las excepciones presentadas por la parte demandada se advirtió que tal como estaban planteadas no constituían excepciones previas, que son realmente excepciones de fondo y deberán ser analizadas cuando se resuelva la controversia; fue fijado el litigio y al no haber ambiente conciliatorio, se decretaron las pruebas oportunamente solicitadas por las partes, señalándose en su epílogo fecha y hora para la celebración de la audiencia de pruebas.

La audiencia de pruebas se celebró el 4 de septiembre de 2014⁸, y en la cual se incorporaron los documentos allegados, dicha audiencia se suspendió con el fin de recaudar la prueba faltante. El 17 de septiembre de 2014, se reanudó la audiencia de pruebas⁹, en la cual se allegaron los documentos solicitados a la Secretaría de Educación y Cultura del Municipio de Sincelejo. En dicha audiencia se prescindió de la audiencia de alegatos y juzgamientos, y se ordenó a las partes la presentación por escrito de los alegatos de conclusión.

³ Folio 46 del exp.

⁴ Folios 54 a 58 del exp.

⁵ Folios 68 a 75 del exp.

⁶ Folio 77 del exp.

⁷ Folios 100 a 103, DVD a folio 104 del expediente.

⁸ Acta N° 063 a folios 143 a 145, DVD a folio 146 del exp.

⁹ Folios 150 a 151, DVD a folio 152 del exp.

Ninguna de las partes alegó de conclusión, y el Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada contestó la demanda, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, toda vez que, en su sentir, carecen de sustento factico y jurídico.

Manifestó que, ninguna de las normas establecidas por la apoderada de la demandante como violada se ha infringido por parte del Municipio de Sincelejo, puesto que con la actora se sostuvo una relación netamente contractual, y en acatamiento de lo preceptuado en la ley 60 de 1993, ley 115 de 1994 y la ley 715 de 2001; disposiciones que permitían la vinculación de docentes bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios y por ende para esa época, la demandante ostentaba la calidad de docente contratista y no de docente-empleado público.

Agregó que, los Actos Administrativos expedidos por el Municipio de Sincelejo, cuya nulidad se solicita, no infringen ninguna de las normas establecidas por la apoderada demandante como violadas, ya que el actuar del Municipio de Sincelejo fue un obedecimiento a lo estipulado en las leyes 60 de 1993, 115 de 1994 y la ley 715 de 2001.

Finalmente adujo que no se violó el derecho a la igualdad ni al trabajo de la demandante, por parte del Municipio de Sincelejo, puesto que como se reitera, entre la demandante y el Municipio de Sincelejo, lo que existió fue una relación contractual, ostentando por ende la calidad de contratista no de empleada pública, pues esta última calidad se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica, que es totalmente distinta de la que se originó con la demandante en razón de las ordenes o contratos de prestación de servicios en el suscritas, que en ultimas no generan una relación laboral ni llevan aparejadas el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Ninguna de las partes alegó de conclusión.

No observándose nulidad ni impedimento alguno que pueda invalidar lo actuado, se procede a definir la controversia, previas las siguientes:

2. CONSIDERACIONES.

2.1. CUESTION PREVIA:

La entidad demandada al momento de contestar la demanda propuso las siguientes excepciones :

Inexistencia de la relación laboral, fundamentada en que no está fehacientemente probado que la demandante desempeño labores como docente al servicio del Municipio de Sincelejo durante los extremos laborales mencionados en la demanda.

Inexistencia de Medios de Prueba que soporten los supuestos facticos en que se funda la reclamación de los derechos laborales, encaminada señalar que no fue arrimado material probatorio que demuestre la existencia de un contrato realidad con el Municipio de Sincelejo.

El Cobro de lo no debido, haciendo referencia a que lo solicitado por aportes a salud no debe ser reconocido por cuanto los aportes en salud representan un riesgo mas no un derecho cierto, además la parte actora debió haber aportado o demostrado que canceló las cotizaciones en salud con su propio pecunio y tampoco realizó solicitud probatoria al respecto.

En cuanto a la Prescripción de derechos laborales, solicita se declare la prescripción de los derechos que se deriven de la ocurrencia del contrato realidad, en caso de que se llegue a la certeza de su ocurrencia, puesto que es evidente que el último contrato de prestación de servicios suscrito entre la demandante y el municipio de Sincelejo data del 30 de noviembre de 2001 y sólo hasta el 19 de marzo de 2013, acudió a reclamar sus derechos laborales, es decir 10 años después cuando ya había ocurrido el fenómeno de la prescripción trienal.

Trae a colación pronunciamientos del Consejo de Estado como el de la Sección Cuarta de fecha 16 de diciembre de 2013 con ponencia del Consejero Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

En cuanto a las tres primeras excepciones, serán resueltas junto con el problema jurídico que adelante se planteará y respecto a la de prescripción se analizará en caso de que prosperen las pretensiones de la demanda.

2.2. ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS.

Los actos administrativos demandados lo constituyen el oficio N° 1.8.1889.11.2012 del 23 de noviembre de 2012, suscrito por el Secretario de Educación y Cultura de Sincelejo, mediante el cual se resolvió el derecho de petición presentado por la demandante; el oficio N°1.8.1993.12.2012 del 5 de diciembre de 2012, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el oficio anterior; y la Resolución N° 1108 del 3 de abril de 2013, suscrita por el Alcalde de Sincelejo, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el oficio anterior.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO

Como problema jurídico central se plantea el siguiente: *¿los docentes vinculados mediante órdenes de prestación de servicios tienen derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales, en virtud de la existencia de una relación laboral de facto, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, conforme el Art. 53 de la Constitución Política?*

2.4. TESIS DE LAS PARTES Y DEL JUZGADO

2.4.1. Tesis de la parte demandante. Los docentes vinculados mediante órdenes de prestación de servicios sí tienen derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

En el caso concreto, la demandante se hace acreedora a tales prestaciones por haber prestado sus servicios como docente al servicio del Municipio de Sincelejo

(Sucre), y porque existió una relación de carácter laboral, donde se dieron los requisitos para ello: salario, subordinación, y la prestación personal del servicio, al igual que quienes se encuentran nombrados en propiedad.

2.4.2. Tesis de la parte demandada. Manifiesta que las pretensiones de la parte demandante no tienen sustento jurídico ni de factico, y se configura una ineptitud sustantiva de la demanda, además que el derecho reclamado se encuentra prescrito.

2.4.3 Tesis del Juzgado frente al problema jurídico planteado. La existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la facultad 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 tipifica una relación laboral de facto con derecho al pago de prestaciones sociales a título de restablecimiento del derecho, exigencias que respecto a los docentes contratados bajo la modalidad de órdenes de prestación de servicios, deben observarse en forma flexible, como quiera que la subordinación y la dependencia se encuentran inmersas en la labor que desarrollan; es decir, son consustanciales al ejercicio docente.

2.5. FUNDAMENTOS NORMATIVOS

Como premisas normativas para resolver el problema jurídico se consideran:

2.5.1. De la Actividad Docente. El Decreto 2277 de 1979, definió la labor docente y en su artículo 2, dispuso:

“Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente Educadores. Se entiende por profesión Docente:

“El ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de Educación en los distintos niveles de qué 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 conserjería de educación 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.”.

La anterior definición fue reafirmada por el artículo 104 de la Ley General de Educación, Ley 115 de 1994, concluyéndose que la labor docente no es independiente, sino que el servicio se presta personalmente y está subordinado al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación, en razón a ello, es claro que la subordinación y la dependencia se encuentran insitas en la labor que desarrollan los docentes, es decir, son circunstanciales a su ejercicio.

Así lo dejan claro varios artículos de la Ley 115 de 1994, veamos:

Ley 115 de 1994

“Artículo 104. El Educador. El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos, acorde con las expectativas sociales, culturales, éticas y morales de la familia y la sociedad.

“Como factor fundamental del proceso educativo:

- “a) Recibirá una capacitación y actualización profesional;*
- “b) No será discriminado por razón de sus creencias filosóficas, políticas o religiosas;*
- “c) Llevará a la práctica el Proyecto Educativo Institucional, y*
- “d) Mejorará permanentemente el proceso educativo mediante el aporte de ideas y sugerencias a través del Consejo Directivo, el Consejo Académico y las Juntas Educativas.”*

“Artículo 106. Novedades de personal. Los actos administrativos de nombramientos, traslados, permutas y demás novedades del personal docente y administrativo de la educación estatal se harán por los gobernadores y por los alcaldes de los distritos o municipios que estén administrando la educación conforme a lo establecido en la Ley 60 de 1993.”

“Artículo 153. Administración municipal de la educación. Administrar la educación en los municipios es organizar, ejecutar, vigilar y evaluar el servicio educativo; nombrar, remover, trasladar, sancionar, estimular, dar licencias y permisos a los docentes, directivos docentes y personal administrativo; orientar, asesorar y en general dirigir la educación en el municipio; todo ello de acuerdo con lo establecido en la presente Ley, el Estatuto Docente y en la Ley 60 de 1993.”

“Artículo 171. Ejercicio de la inspección y vigilancia a nivel local. Los Gobernadores y los Alcaldes podrán ejercer la inspección y vigilancia a través de las respectivas secretarías de educación o de los organismos que hagan sus veces.

“En los municipios donde no exista Secretaría de Educación, el Alcalde podrá delegar la función de inspección y vigilancia en los directores del núcleo del correspondiente municipio.

“El Gobierno Nacional reglamentará el ámbito de competencia de cada nivel de supervisión o inspección en los establecimientos educativos de tal manera que esta sea realizada en forma coordinada y con la periodicidad adecuada.”

En el caso de los docentes, el nombramiento procede luego de surtir el proceso de selección mediante concurso, a la luz del artículo 105, inciso 2, de la Ley 115 de 1994, que reza:

“ARTÍCULO 105. Vinculación al servicio educativo estatal. *La vinculación de personal docente, directivo y administrativo al servicio público educativo estatal, sólo podrá efectuarse mediante nombramiento hecho por decreto y dentro de la planta de personal aprobada por la respectiva entidad territorial.*

“Únicamente podrán ser nombrados como educadores o funcionarios administrativos de la educación estatal, dentro de la planta de personal, quienes previo concurso, hayan sido seleccionados y acrediten los requisitos legales. (Subrayas nuestras).

“...”

En virtud de la norma citada, para alcanzar la condición de empleado público es necesario que se profiera un acto administrativo que ordene la respectiva designación, que se tome posesión del cargo, que la planta de personal contemple el empleo y que exista disponibilidad presupuestal, es decir, que el solo hecho de trabajar para el Estado no confiere la condición de empleado público.

2.5.2. Diferencia entre el Contrato de Trabajo y el de Prestación de Servicios.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-154 de 1997, expresó claramente estas diferencias, así:

“Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquel 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 la 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 sensú, **en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante en impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de un 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.***”. (Negrillas nuestras)

En virtud de lo anterior, observa el despacho que la demandante se encuentra incurso en la misma situación de los docentes incorporados a la planta de personal de la entidad territorial. Entonces, el servicio no se regula por contratos de prestación de servicios sino que, conforme al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, existía una relación laboral, que impone la especial protección del Estado en igualdad de condiciones a la de los docentes de planta.

2.5.3. Vinculación mediante órdenes de prestación de servicios desde la perspectiva de la Ley 80 de 1993. – Actividad Docente.

Ley 80 de 1993 – Art. 32 Numeral 3°

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

“3o. Contrato de Prestación de Servicios.

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

“En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

En primer término, se tiene que el artículo 32-3 de la Ley 80 de 1993, ha reiterado la legalidad del contrato de prestación de servicios conforme el objeto para el cual lo autoriza la ley, y en el evento de considerar que él disfrazara otra relación, se

deben evaluar sus elementos a partir de la legalidad del contrato, y en caso de la acción por la referida consideración, que sería contractual, debe orientarse a demostrar la invalidez del mismo por su deformación y la prueba concurrente de los elementos de la relación subyacente, como base para garantizar los derechos subjetivos del contratista.

2.5.4. Posición del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo frente al tema de la vinculación de docentes mediante OPS

La Sección Segunda del H. Consejo de Estado, en sentencia del 18 de noviembre de 2003, expediente N° IJ-039, en relación con quienes celebran contratos de prestación de servicios, inicialmente señaló que por estar desvirtuados los elementos esenciales de este tipo de relación contractual, emergía una relación laboral de derecho público, sin que existiera diferencia entre ella y la que desarrollan otros sujetos como empleados públicos que laboran en la misma entidad, con fundamento en que desarrollaban idéntica actividad, cumplían órdenes, horario y prestaban servicios de manera permanente, personal y subordinada.

En esas condiciones se definió, en atención a lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, que primaba la realidad sobre las formalidades y por no tratarse de una relación laboral formalmente establecida, no se accedía a conceder prestaciones sociales propiamente dichas, sino que a título de “indemnización” para restablecer el derecho, se ordenaba el pago del equivalente a las prestaciones sociales que percibían los empleados públicos que prestaban sus servicios en la misma entidad, tomando como base el valor pactado en el contrato.

La Sala Plena del H. Consejo de Estado modificó el criterio jurisprudencial anteriormente mencionado. Al respecto señaló:

- 1°.- Que el vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicio no es contrario a la ley.
- 2°.- Que no existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en

ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario.

3°.- Que no existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, la cual se estructura por la ocurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestaciones sociales.

En la mencionada sentencia, la misma Corporación puntualizó sobre la relación de coordinación entre contratante y contratista en sus actividades, lo siguiente:

“Si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de los 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 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 que no se le 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”.

Así mismo, sobre el tema en debate, el Consejo de Estado, en providencia del 27 de enero de 2000, C.P. Alberto Arango Mantilla, señaló:

“En este proceso no encuentra la Sala demostrada diferencia alguna en los efectos que deben, necesariamente, derivarse de la llamada vinculación contractual de la actora en condición de docente temporal y la actividad desplegada por los docentes - empleados públicos del Municipio, teniendo en cuenta que el demandante laboraba en los mismos establecimientos educativos y desarrollaba la misma actividad material, el servicio era prestado de manera permanente, personal y subordinada, e incluso las partes contratantes tenían claramente establecido que su labor era la correspondiente a un empleo de planta el cual estaba pendiente de ser creado.

“De esta manera puede afirmarse que a la luz de la ley la demandante estaba unida al Municipio mediante una relación laboral. Así se deduce además de lo dispuesto por el artículo 105 de la Ley 115 de 1994 que consagró una vocación de permanencia de los docentes contratistas, al prever un término para su incorporación gradual en la planta y ordenar la contratación indefinida; esa norma terminó por desnaturalizar el supuesto contrato de prestación de servicios previsto en el párrafo primero del artículo 6° de la ley 60 de 1993.

“Así las cosas, concluye la Sala que, la demandante se encontraba en la misma situación de hecho predicable de los educadores incorporados a la planta de personal de la entidad territorial. Sin duda alguna, el servicio no se regulaba por un contrato de prestación de servicios sino que, conforme al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, existía una relación laboral, que impone la especial protección del Estado en igualdad de condiciones a la de los docentes de planta, a términos de los artículos 13 y 25 de la Carta, razón por la cual el acto acusado resulta anulable”. (Subrayado fuera de texto).

El tema de la prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales, con el resultado de la definición de la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, que es la existencia de tres elementos: La prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo.

Entonces, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y quien celebra un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas. Pero si el interesado logra desvirtuar la existencia de un contrato de prestación de servicios al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto al empleador, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en la relaciones de trabajo.

Constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible la subordinación, la dependencia, y el hecho de que 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, de las circunstancias en que se desarrollaron tales actividades, no se deduzca que eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

Ahora bien, con respecto a los docentes que laboran en establecimientos públicos de enseñanza por medio de contratos de prestación de servicios, la situación resulta especialmente distinta, pues respecto de ellos tales exigencias deben observarse en forma flexible, como quiera que la subordinación y la dependencia se encuentran inmersas en la labor que desarrollan; es decir, son consustanciales al ejercicio docente.

Lo anterior se sustenta en las leyes que regulan el ejercicio docente, el Estatuto Docente, la Ley 115 de 1994, artículos 106, 153 y 171, y sus decretos reglamentarios 1860 de 1994 y 1850 de 2002, en virtud de los cuales corresponde al Ministerio de Educación y Secretarías de Educación de los entes territoriales realizar la inspección y vigilancia de la actividad docente, y a estos últimos administrar el pensum académico, calendario escolar, fijar el horario, y de contera, a quienes desempeñen la labor docente, cumplir con las directrices y órdenes que se fijen por el contratante; así lo ha manifestado el Consejo de Estado en reciente jurisprudencia¹⁰.

En conclusión, la actividad desplegada en virtud de contratos de prestación de servicios, tal como lo expresa la jurisprudencia implica que la labor sea realizada directamente, y bajo las órdenes derivadas del cumplimiento a los reglamentos de la institución, directrices del Ministerio de Educación Nacional, cumplimiento de horario en que desempeñará labores, calendario escolar y, en fin, al cumplimiento de las metas escolares de la institución, lo que da entender que esa actividad es subordinada.

2.5.6. Prestaciones Sociales. Noción.

Los pagos que se realizan para cubrir los riesgos de desocupación, de salud y de vida que eventualmente conlleva la pérdida del empleo o del vigor o la integridad física y, en general, de todas aquellas contingencias en que el trabajador pierde su fuerza de trabajo, o se ve impedido temporalmente para ejercerla, o resulta disminuida su capacidad laboral de modo tal que no le es posible procurarse el salario necesario para su subsistencia personal, son denominados genéricamente **prestaciones sociales**.

¹⁰Al respecto ver sentencias. C de Estado. Sección Segunda. 68001-23-15-000-2000-02565-01 de fecha 2 de Febrero de 2006, Radicación número: 68001-23-15-000-2002-02475-01(0868-07 de fecha veintiocho (28) de Febrero de dos mil ocho (2008). Consejero ponente: JAIME MORENO GARCIA. Subsección "B" C. P. ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO, treinta (30) de marzo de dos mil seis (2006). Radicación número: 52001-23-31-000-1999-01215-02(4669-04).

La prestación social, al igual que el salario nace indudablemente de los servicios subordinados que se proporcionan al empleador, pero a diferencia de aquél, no retribuye propiamente la actividad desplegada por el trabajador sino que más bien cubre los riesgos o infortunios a que éste se puede ver enfrentado.

Estas prestaciones sociales la constituyen en el sector público: 1. Prima de Navidad.2. Vacaciones.3. Prima de vacaciones.4. Bonificación especial por recreación5. Subsidio familiar.6. Auxilio de cesantía.7. Intereses a las cesantías.8. Calzado y vestido de labor.9. Pensión de vejez. (Jubilación)10. Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.11. Pensión de invalidez.12. Indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez13. Pensión de sobrevivientes.14. Auxilio de maternidad.15. Auxilio por enfermedad.16. Indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional.17. Auxilio funerario.18. Asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, servicio odontológico y demás servicios de salud derivados del régimen de salud del Sistema de Seguridad Social Integral.19. Bonificación de dirección para Gobernadores y Alcaldes.

Precisado lo anterior, se procederán a estudiar las pruebas allegadas al proceso, y así dilucidar el caso en concreto con miras a determinar la concurrencia o no del derecho elevado.

2.6. FUNDAMENTOS FACTICOS

En este asunto se trata de revisar la legalidad de los actos administrativos frente a las causales de nulidad de éste, que procederá no solo por infringir las normas en que deberían fundarse, sino también cuando sean expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y de defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió, entre otras causales.

Solicita la accionante, que se declare la nulidad de los actos administrativos expedidos por la Alcaldía del municipio de Sincelejo (Sucre), mediante los cuales se le negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales. Y como restablecimiento del derecho solicita se ordene el

pago de las prestaciones sociales, recibidas por un empleado público en el mismo o similar cargo desempeñado por la demandante durante los periodos comprendidos entre el 14/03/1995 al 30/11/1995; del 6/02/1996 al 30/11/1996; del 1/02/1997 al 12/12/1997; del 1/02/1998 al 30/11/1998; del 1/02/1999 al 30/11/1999; del 01/05/2000 al 30/07/2000; del 1 al 30 de noviembre de 2000 y del 01/05/2001 al 30/11/2001.

Como quiera que el asunto materia de la Litis, tanto de manera genérica como especial para los docentes, ha sido decantado y precisado su alcance por parte del H. Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso, la Sección Segunda (Sentencias: Rad. Int.: I.J. 0039 DE 18 Nov. de 2003; y Rad. In.: 4248-02 de 12 feb.2004, Rad. Int 2152-06 de 6 de marzo de 2008), el despacho, en consecuencia seguirá el mismo derrotero jurisprudencial para efectos de la decisión del sub – lite.

2.6.1. Hechos Probados. En el caso concreto se encuentra demostrado que el municipio de Sincelejo (Sucre), a través de la Secretaría de Educación Municipal, vinculó a la señora Dianis Benedid Perez Banquet, como docente, utilizando para ello órdenes de prestación de servicios¹¹, lo que se infiere del Certificado de Historia Laboral arrimada al plenario de fecha 15 de agosto de 2014 y de la relación de órdenes de prestación de servicios¹² en la que se señalan su vinculación en los siguientes períodos:

- 14 de marzo al 30 de noviembre de 1995, en la Escuela Cerrito de la Palma de Sincelejo.
- 6 de febrero al 30 de noviembre de 1996, en la Escuela Villa Mady de Sincelejo.
- 1º de febrero al 12 de diciembre de 1997, Escuela Villa Mady de Sincelejo.
- 1º de febrero al 30 de noviembre de 1998, Escuela Villa Mady de Sincelejo.
- 1º de febrero al 30 de noviembre de 1999, Escuela Minuto de Dios de Sincelejo.
- 1º de febrero al 30 de noviembre de 2000, Escuela Las Delicias de Sincelejo.

¹¹ Ver folios 33 y 34 y 138 y 139 del expediente

¹² Folios 153 al 167 del exp.

- 1º de febrero al 30 de noviembre de 2001, Escuela Las Delicias de Sincelejo.

Asimismo se demostró que el demandante solicitó a la Alcaldía del Municipio de Sincelejo, mediante escrito presentado el 19 de noviembre de 2012¹³, el reconocimiento y pago de emolumentos salariales, por la celebración del contrato de trabajo por los periodos correspondientes: 14/03/1995 al 30/11/1995; del 6/02/1996 al 30/11/1996; del 1/02/1997 al 12/12/1997; del 1/02/1998 al 30/11/1998; del 1/02/1999 al 30/11/1999; del 01/05/2000 al 30/07/2000; del 1 al 30 de noviembre de 2000 y del 01/05/2001 al 30/11/2001 (fls. 11-14). La administración respondió negativamente tal solicitud.

2.6.2. Conclusión del despacho.

Conforme las pruebas precedentes, es claro entonces que la demandante tuvo una dedicación temporal prolongada para prestar un servicio de la esencia del cometido de la entidad pública, al desempeñarse como docente en instituciones educativas del ente territorial demandado, actividad que es equivalente a la desarrollada por personal de planta de la entidad, lo que permite inferir que a pesar de haber sido vinculada por órdenes de prestación de servicios desempeñó una actividad de carácter permanente relacionada con la prestación del servicio de la entidad demandada.

De otra parte, atendiendo los criterios de la jurisprudencia citada, la subordinación en éste caso debe analizarse de una forma flexible puesto que la actividad docente implica someterse a las disposiciones de tipo legal, al Decreto Ley 2277 de 1979 vigente para la época, y a la Ley General de Educación Ley 115 de 1994, normas que regulan a aquellas personas que ejercen la docencia; sin mayores dudas es claro que los docentes están sometidos al cumplimiento del horario, calendario académico y directrices ordenadas por el Ministerio de Educación Nacional.

Es así entonces como se demuestra en el *sub-lite* la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la facultad de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la

¹³ Folios 11 a14 del exp.

ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, como lo enmarca la Jurisprudencia citada; en consecuencia se tipifica la relación laboral de facto con derecho al pago de prestaciones sociales a título de indemnización.

Es importante dejar en claro que, aunque el contrato de prestación de servicios docente de la demandante pretendió esconder una vinculación de derecho laboral público, ésta no puede ser considerada empleada pública docente, pues, al no haberse demostrado dentro del proceso los elementos constitutivos de un empleo público, sería incompatible ordenar el reintegro de un contratista a un cargo inexistente en la planta de personal, que no tiene remuneración ni denominación y que sus funciones no están descritas en la ley¹⁴. En el mismo sentido, se impone entender que el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, en desarrollo de lo previsto en el artículo 53 de la Carta Política, no puede ampliarse hasta conceder a favor del demandante unas prestaciones sociales propiamente dichas, pues estas nacen a favor de quienes, por cumplir todas las formalidades sustanciales de derecho público para el acceso al servicio público, alcanzan la condición de servidores públicos.

Por lo anteriormente expuesto y al quedar demostrado los elementos que configuran el contrato realidad, se arriba a la conclusión que los actos demandados vulneran los artículos 25 y 53 de la C.P., dado que palmariamente se demostró la existencia de una verdadera relación laboral entre el municipio demandado y la demandante, durante los extremos temporales arriba señalados, por lo que habrá de declararse la nulidad de los actos enjuiciados.

Teniendo en cuenta que se declara la existencia del contrato realidad por lo anteriormente dicho, se entrará entonces a decidir la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada

¹⁴Mediante sentencia del 19 de febrero de 2009, Sección Segunda, Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, expediente No. 3074-2005, actora: Ana Reinalda Triana Viuchi, se expuso: *“El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.”*.

2.6.3. PRESCRIPCION DE LOS DERECHOS LABORALES AL DECLARARSE LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO REALIDAD.

En primer lugar se hace necesario aclarar que los fenómenos de caducidad y prescripción son diferentes, el primero de ellos hace relación a la oportunidad para interponer la acción, la segunda ha sido establecida para consolidar la adquisición o extinción de un derecho por el transcurso del tiempo, puede no ser alegada y es posible suspenderla o interrumpirla.

Referente a la prescripción trienal de derechos de carácter laboral, el artículo 41 del decreto 3135 de 1968, prevé:

“ARTICULO 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

Por su parte el decreto 1848 de 1969 en su artículo 102, señala:

“Artículo 102º.- Prescripción de acciones.

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

De las anteriores normas se identifica que como regla general el término de prescripción se debe contar desde que la obligación se hace exigible y se puede interrumpir por un lapso igual, vale decir tres años más. No obstante en controversias como las que ocupa la atención del Despacho, cuando se pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral en aplicación del principio de la realidad sobre las formas, es pertinente hacer referencia a la posición asumida por el Consejo de Estado cuando se declara el contrato realidad.

En una primera etapa la sección segunda del Consejo de Estado venía aplicando el fenómeno de la prescripción de conformidad con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, sin embargo, la Sala Plena de dicha Sección mediante sentencia del 19 de febrero de 2009¹⁵ reconsideró su postura e indicó que teniendo en cuenta que la providencia judicial, en éstos casos, tiene el carácter de constitutiva, es a partir de la ejecutoria de ella que se cuenta dicho término. Razonó así la Alta Corporación:

“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.

(...)

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.”.

Posterior e inicialmente a través de fallos de tutela, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado que la reclamación de la existencia de la relación laboral debe presentarse ante la administración dentro de los tres años siguientes a la terminación del contrato de prestación de servicios suscrito. Esta postura se pone de presente en fallos como el de fecha 6 de septiembre de 2013¹⁶, al decir:

“El Tribunal Administrativo del Chocó, declaró de oficio la prescripción de las prestaciones sociales reclamadas por la actora derivada del contrato de prestación de servicios, con fundamento en lo establecido en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, y consideró que no era procedente aplicar la Jurisprudencia del Consejo de Estado ya referida, bajo el argumento que la misma no era aplicable al caso de la demandante, por cuanto la reclamación que hizo al ente Universitario se efectuó 14 años después de fenecido el vínculo contractual, es decir, en forma extemporánea de tal forma que no tuvo la virtualidad de suspender el término de prescripción.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 19 de febrero de 2009, Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, expediente No. 3074-2005, actora: Ana Reinalda Triana Viuchi.

¹⁶ Véase también, Secc. 4ª del 16 de dic. 2013, radicado 11001031500020130101501, ponente Dr. Hugo F. Bastidas Bárcenas y Secc 2ª Subsecc “A” del 30 de oct. 2013, radicado 11001031500020130208300, ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón.

La Sala negará el amparo impetrado, pues si bien ha sido reiterada la jurisprudencia en el sentido señalado por la parte actora, lo cierto es que la misma 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 suscrito.

En esta oportunidad, la interesada sólo acudió a reclamar ante el ente demandado, como lo dijo el Tribunal en su sentencia y no es objeto de discusión en la presente acción, con anterioridad al 3 de junio de 2011, lo que equivale a más de 15 años, si se tiene en cuenta que su vínculo, según lo afirma en la demanda terminó el 31 de diciembre de 1994.

Obsérvese cómo, en la sentencia que sirve de precedente, el oficio demandado negó el reconocimiento de salarios y prestaciones en lo referente a una vinculación que aún se encontraba vigente, como se expresa en el sentencia, en relación con lo que se encontraba probado en el proceso.

Igualmente, en la segunda de las sentencias que alega como desconocida, la actora estuvo vinculada hasta el mes de febrero del año de 2000 y en ese mismo año efectuó reclamación ante la administración y demandó el acto producto de la misma, que fue expedido en el mes de septiembre del mismo año.

En la última de las providencias citadas, el actor estuvo vinculado hasta el año de 2000 y tanto la reclamación como la demanda se dieron antes del término de tres años contemplados en la norma que regula la figura de la prescripción.

Lo anterior, sirvió al Tribunal para, en ejercicio de su autonomía funcional, exponer en forma clara, los motivos por los cuales consideraba que a la señora Rosa Istmenia Moreno de Palacios no le eran aplicables los precedentes judiciales citados y concluir que la reclamación que elevó la actora ante la administración en el año de 2011, 15 años después de culminado el nexo contractual, esto es, el 31 de diciembre de 1994, no tuvo la potencialidad de suspender el término de prescripción de los derechos derivados de la relación laboral.

Esta Corporación ha accedido al restablecimiento del derecho en los casos citados, bajo el presupuesto de que la parte actora ha cumplido con lo establecido en el artículo 102 del decreto 1848 de 1969, es decir, ha reclamado ante la entidad, máximo dentro de los 3 años siguientes a su retiro y luego ha acudido en término ante esta jurisdicción.

El anterior fue el criterio que aplicó el Tribunal, el cual estima la Sala no solo es razonable sino legal y se encuentra dentro del margen de su autonomía.

En este orden de ideas, considera la Sala que el Tribunal Administrativo del Chocó, no incurrió en la causal de procedibilidad de la acción de tutela por desconocimiento del precedente, por cuanto lo que se reprocha es que las autoridades judiciales desconozcan sus pronunciamientos o se aíslen del criterio unificador de los superiores jerárquicos, sin exponer las razones por las cuales cambian su posición frente a determinado asunto o disienten de la posición establecida por éstos, circunstancia que no se advierte en esta oportunidad.

En consecuencia, al no demostrarse en la presente acción de tutela la vulneración del derecho fundamental alegado por la demandante, conlleva que la misma debe ser negada (...)¹⁷(se destaca).

¹⁷Sentencia del 6 de septiembre de 2013, M.P. Alfonso Vargas Rincón. Expediente N°: 11001-03-15-000-2013-01662-00. Demandante: Rosa Ismetnia Moreno De Palacios. Demandado: Tribunal Administrativo del Chocó.

Recientemente, y esta vez al decidir recurso de apelación en proceso ordinario, la Sección Segunda se reafirma en la anterior posición, como se observa en la sentencia del 13 de febrero de 2014¹⁸, al señalar:

“En relación con la prescripción de derechos se observa:

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 dispone que las acciones que emanen de los derechos allí consagrados prescribirán en tres (3) años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y que el simple reclamo escrito a la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción por un lapso igual.

En otros términos, para que el fenómeno de la prescripción surta efectos, es indispensable que la exigibilidad de los derechos, objeto de la controversia, sea evidente.

En asuntos como el presente, en los cuales se reclaman derechos de carácter laboral, por considerar que la figura del contrato de prestación de servicios no era la vía adecuada, sino que con ella se disfrazó una relación laboral, la exigibilidad de los mismos sólo aparece a partir de la sentencia que así lo declara. Antes no obra con claridad dicho elemento (exigibilidad), motivo por el cual no es viable en la sentencia declarar prescripción de los derechos, siempre y cuando el interesado haya reclamado ante la administración dentro de los 3 años siguientes a la terminación del contrato de prestación de servicios suscrito de conformidad con lo establecido en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.”

(Subrayas del Despacho)

Apuntalando el nuevo enfoque de la aplicación de la prescripción en éstos casos, en providencia del 9 de abril del presente año 2014¹⁹ la Sección Segunda Subsección “A”, precisó :

“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

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A” sentencia del trece (13) de febrero de 2014, radicado 680012331000201000449 01 (1807-2013), Consejero Ponente: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUB SECCIÓN “A” , sentencia del 9 de abril de 2014, Radicación No. 20001 23 31 000 2011 00142 01 (0131-13), C.P. Dr. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

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.

En los casos analizados en épocas anteriores por la Sala, como el estudiado en la sentencia cuyo aparte se transcribió previamente, la relación contractual terminó en mayo de 2000 y la reclamación de reconocimiento de las prestaciones sociales se hizo en ese mismo año y dio origen al oficio acusado expedido en el mes de septiembre, es decir, no había vencido el término para que el demandante reclamara sus derechos laborales, consistentes en la declaración misma de la relación laboral.

Igual ocurrió en el caso analizado en el proceso con radicación No. 23001-23-31-000-2002-00244-01 (No. Interno 2152-06), Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, en cuyo caso estudiado la relación contractual terminó en el año 2000 y la reclamación de las prestaciones en sede administrativa se realizó antes de que transcurrieran 3 años, originando una respuesta negativa por parte de la administración de fecha enero 30 de 2002, es decir, tampoco había vencido la oportunidad para que el demandante reclamara sus derechos laborales.

No ocurre lo mismo en el caso bajo análisis, cuando se trata de relaciones contractuales extinguidas algunas en el año 1994, otras en los años 2000, 2001, 2002 o máximo hasta el año 2003, pero la reclamación en sede administrativa se hizo hasta el año **2010**, mediante escrito radicado el 30 de julio (fl. 2).

Lo anterior quiere decir que si bien es cierto, conforme al criterio fijado por la Sala de la Sección Segunda en la sentencia trascrita, 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. “

El H. Tribunal Administrativo de Sucre, en sentencia del 12 de diciembre de 2014²⁰, y luego de analizar las providencias arriba citadas, acogió el criterio de la inexistencia de prescripción en el tema del contrato realidad. Razonó así la mencionada Corporación:

²⁰ Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Primera de Decisión Oral, sentencia N° 215 del 12 de diciembre de 2014, RADICACIÓN: 70-001-33-33-001-2012-00066-02, M.P. Dr. LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

“(…)

“Por lo expuesto y ante las múltiples posiciones existentes sobre el punto, es al juez en su autonomía quien debe definir la forma de interpretar el derecho, por lo que esta Sala acoge el criterio de la inexistencia de prescripción en el tema del contrato realidad, por las siguientes razones que se exponen en ejercicio de la independencia y autonomía de la función judicial:

1. En primer lugar, el texto mismo de la norma a interpretar, ya traída a colación y contenida en los artículos 102 del Decreto 1848 de 1969 y 41 Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 2535 del C.C., consagran la forma en que debe contarse el término extintivo de los derechos laborales, empezando solo a correr desde el momento en que la obligación se hace exigible, la que en casos de contrato realidad, nace con la sentencia, al ser la misma constitutiva del derecho que se reclama, pues antes de la declaratoria judicial el derecho pretendido no existe y por ello esta posición respeta el tenor literal de la norma.
2. En caso de que la norma genere duda en su interpretación, la misma debe solventarse a favor del trabajador, en aplicación del principio general del derecho laboral del *in dubio pro operario*, consagrado en el artículo 53 de la C.P.
3. Con fundamento en el mismo principio, toda interpretación que se haga de las fuentes formales del derecho, y la jurisprudencia lo es conforme lo consagra el C.P.A.C.A. y lo ha interpretado de forma unánime la Corte Constitucional¹⁷, 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 mismo, pues los derechos solo existen a partir de la declaración judicial que de ellos se haga, resaltando en este punto que las normas antes mencionadas, que consagran la prescripción de los derechos laborales públicos, se encuentra vigentes antes de la Constitución Política de 1991.

Aplicado lo anterior al caso concreto, tenemos que acogiendo la tesis expuesta por el H.Tribunal Administrativo de Sucre, y las razones por ésta Corporación esgrimidas, no opera en el presente caso la prescripción de los derechos laborales pretendidos, concluyéndose que será declarada no probada la propuesta excepción en este sentido.

Así las cosas, solo resta por analizar lo correspondiente al restablecimiento del derecho y liquidación que se debe pagar en procesos declarativos como el presente.

Teniendo en cuenta que se tiene por demostrado que en las siguientes vinculaciones, existió una verdadera relación de trabajo entre la señora Dianis Benedid Pérez Banquet y el MUNICIPIO DE SINCELEJO, atendiendo el principio de reparación integral del daño consagrado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y atendiendo las directrices jurisprudenciales del Consejo de Estado²¹, se ordenará el reconocimiento, liquidación y pago, a título de reparación del daño, de todas las prestaciones sociales, vacaciones, cesantías y demás emolumentos legales dejados de percibir por el demandante, en los siguientes períodos de contratación irregular:

TIPO DE VINCULACIÓN	TERMINO	INSTITUCION EDUCATIVA
Orden de Prestación de servicios	Desde el 14 de marzo al 30 de noviembre de 1995	Escuela Cerrito de la Palma
Orden de Prestación de servicios	Desde el 6 de febrero al 30 de noviembre de 1996	Escuela Villa Mady
Orden de Prestación de servicios	Desde el 1º de febrero al 12 de diciembre de 1997	Escuela Villa Mady

²¹ 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. 730012331000200003449-01. No. INTERNO: 3074-2005. AUTORIDADES NACIONALES. ACTORA: ANA REINALDA TRIANA VIUCHI.

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
Radicado N°: 70001 23 31 000 2013 00242-00. N y R.
Sentencia de primera instancia.

Orden de Prestación de servicios	Desde el 1º de febrero al 30 de noviembre de 1998	Escuela Villa Mady
Orden de Prestación de servicios	Desde el 1º de febrero al 30 de noviembre de 1999	Escuela Minuto de Dios
Orden de Prestación de servicios	Desde el 1º de febrero al 30 de noviembre de 2000	Escuela Las Delicias
Orden de Prestación de servicios	Desde el 1º de febrero al 30 de noviembre de 2001	Escuela Las Delicias

Igualmente, la entidad demandada deberá pagar a la demandante a título de Reparación del Daño, los porcentajes de cotización correspondientes al empleador a Pensión y Salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes, al igual que la totalidad de la cotización a la Caja de Compensación, durante los anteriores períodos de contratación irregular, ya determinados en el cuadro anterior, pago que deberá realizarse a través de las entidades de seguridad social a las que se encuentre afiliado el actor.

Una vez liquidadas las anteriores sumas, se ordenará que se indexen con el índice de precios al consumidor, tal como lo autoriza el artículo 187 del C.P.A.C.A mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{IPC final}}{\text{IPC inicial}}$$

En donde el valor presente de R se determina multiplicando el valor histórico Rh, que es la correspondiente a la fecha de causación del derecho prestacional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al mes anterior a la ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago de los diferentes conceptos de acuerdo a la fecha de causación). Por tratarse de pagos de reajustes de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a la causación de cada uno de los pagos dejados de realizar al actor, teniendo en cuenta su fecha de causación.

Sobre la solicitud de condena por concepto de aplicación de la sanción moratoria a que hace referencia la Ley 244 de 1995, a ello no hay lugar considerando, como ya se advirtió, que las sentencias adoptadas en este tipo de controversias han sido encasilladas por la jurisprudencia del Consejo de Estado como de carácter constitutivo, vale decir, es con la declaración de la existencia del contrato realidad cuando se reconoce el derecho, o como claramente lo dice el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo²² *“... no hay lugar a reconocer una indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones, pues como lo indicó esta Sección la sentencia que reconoce la relación laboral tiene carácter constitutivo, por lo que es a partir de ella que nacen a la vida las prestaciones correspondientes, de esta manera es imposible que se presente mora en el reconocimiento y pago de las prestaciones, cuando ni siquiera existían.”*

En cuanto al reintegro solicitado de las sumas descontadas a los honorarios devengados por la demandante por concepto de retención en la fuente, hay que decir que se trata de una petición infundada, puesto que dichos dineros no ingresaron propiamente a las arcas patrimoniales del Municipio de Sincelejo.

Sobre este aspecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, refiriéndose al reintegro de las deducciones por retención en la fuente en contratos de prestación de servicios expresó: *“En cuanto a la pretensión de que le sea devuelta la retención en la fuente correspondiente a cada uno de los cuatro contratos que suscribió con el municipio, hay que decir que se trataría de una cuestión de índole tributaria ajena a lo que propiamente constituye el objeto de este litigio, por no tratarse de un asunto de naturaleza laboral.”*(Sentencia de junio 29 de 2001, rad. 15499).

Finalmente, y como consecuencia de la anterior condena, se negarán las excepciones de Inexistencia de la relación laboral, Inexistencia de Medios de Prueba que soporten los supuestos facticos en que se funda la reclamación de los derechos laborales, El Cobro de lo no debido, y de Prescripción de derechos laborales, propuestas por la entidad demandada.

²² Consejo de Estado, sección segunda, subsección “B” sentencia del 29 de abril del 2010, expediente 05001-23-31-000-2000-04729-01 (0821-09), C.P. Dra. Berta Lucía Ramírez de Páez.

2.7. COSTAS

El artículo 188 del CPACA, dispone lo siguiente: “Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

Si bien la norma hace referencia a las normas del Código de Procedimiento Civil, debe entenderse las relativas al Código General del Proceso, ello en aplicación de lo señalado en la providencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado²³ que unificó criterio en lo relativo a la aplicación del Código General del Proceso en la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

Por lo anterior, en lo relativo a la condena en costas deberá aplicarse en el presente caso lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso – CGP- del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

“(…)”

Como quiera que en el presente proceso prosperan de forma parcial las pretensiones de la demanda, con fundamento en la regla 5 del citado artículo 365 del CGP, el Despacho pronunciará condena parcial en cuanto a costas se refiere,

²³Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, providencia de unificación del 25 de junio de 2014, radicado 25000 23 26 000 2012 00395 01(IJ) 49.299, C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

las mismas que se liquidarán siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 366 del CGP y las tarifas señaladas en el Acuerdo 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, y atendiendo los criterios fijados en el numeral 4° del artículo 366 del CGP y en el artículo 3° del mencionado Acuerdo, y teniendo en cuenta la duración del proceso que se inició el 18 de octubre de 2013, se fijan las agencias en derecho en una suma equivalente al diez por cinco (5%) del valor de las pretensiones (\$19.831.440,39 folio 9), lo que equivale a la suma de NOVECIENTOS NOVENTA Y UN MIL QUINIENTOS SETENTA Y DOS PESOS M.C.(\$991.572,00)

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. Declárese no probadas las excepciones de Inexistencia de la relación laboral, Inexistencia de Medios de Prueba que soporten los supuestos facticos en que se funda la reclamación de los derechos laborales, El Cobro de lo no debido, y de Prescripción de derechos laborales, propuestas por la entidad demandada, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Declárese la nulidad de los actos administrativos demandados, oficio N° 1.8.1889.11.2012 del 23 de noviembre de 2012, suscrito por el Secretario de Educación y Cultura de Sincelejo, mediante el cual se resolvió el derecho de petición presentado por la demandante; el oficio N°1.8.1993.12.2012 del 5 de diciembre de 2012, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el oficio anterior; y la Resolución N° 1108 del 3 de abril de 2013, suscrita por el Alcalde de Sincelejo, que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el oficio anterior, a través de los cuales se le negó a la señora DIANIS BENEDID PEREZ BANQUET el reconocimiento y pago de unas acreencias laborales.

TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de reparación del daño, se condena al **MUNICIPIO DE SINCELEJO** (SUCRE) al reconocimiento,

liquidación y pago a favor de la señora Dianis Benedid Pérez Banquet, identificada con la cédula de ciudadanía N°64.554.933, de todas las prestaciones sociales, vacaciones, cesantías y demás emolumentos legales dejados de percibir por la demandante, causados dentro de los siguientes períodos: del 14 de marzo al 30 de noviembre de 1995; del 6 de febrero al 30 de noviembre de 1996; del 1º de febrero al 12 de diciembre de 1997; del 1º de febrero al 30 de noviembre de 1998; del 1º de febrero al 30 de noviembre de 1999; del 1º de febrero al 30 de noviembre de 2000 y del 1º de febrero al 30 de noviembre de 2001.

CUARTO: CONDÉNESE al MUNICIPIO DE SINCELEJO, a pagar a la demandante a título de Reparación del Daño, los porcentajes de cotización correspondientes al empleador a Pensión y Salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes, al igual que la totalidad de la cotización a la Caja de Compensación, causados dentro de los períodos de contratación irregular señalados en el numeral tercero de la parte resolutive de esta providencia, pago que deberá realizarse a través de las entidades de seguridad social a las que se encuentre afiliada la demandante.

QUINTO: DECLÁRESE que el tiempo laborado por DIANIS BENEDID PEREZ BANQUET, bajo la modalidad de ordenes de prestación servicios durante los años 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001 se debe computar para efectos pensionales.

SEXTO: CONDÉNESE al MUNICIPIO DE SINCELEJO, a que sobre las diferencias adeudadas le pague a la demandante el reajuste de su valor, conforme al índice de precios al consumidor, con la aplicación de la fórmula referenciada en la parte motiva de este fallo.

SEPTIMO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: La entidad demandada dará cumplimiento a ésta sentencia dentro de los términos indicados en el artículo 193 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y si así no lo hiciere, se condena al pago de los intereses previstos en el artículo 195 ibídem.

NOVENO: Condenase en costas a la parte demandada. FIJENSE las agencias en derecho en la suma de NOVECIENTOS NOVENTA Y UN MIL QUINIENTOS SETENTA Y DOS PESOS M.C.(\$991.572,00).En firme la presente providencia, por secretaría, realícese la liquidación correspondiente.

DECIMO: Ejecutoriada este providencia, por secretaría devuélvase al interesado o a su apoderado, o a quienes ellos autoricen, el remanente de la suma de dinero que se ordenó pagar para atender los gastos ordinarios del proceso, si los hubiere (Acuerdo 2165 de 2003) y archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUILLERMO OSORIO AFANADOR
JUEZ