



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, octubre ocho (8) de dos mil catorce (2014).-

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del derecho

Radicado: 15001 33 33 004 **2012 00036 00**

Demandante: **Laura Muñoz de Cadena**

Demandado: Departamento de Boyacá – Secretaría de Educación de Boyacá.

1.- DESCRIPCIÓN

1.1. TEMA DE DECISIÓN

Agotado el trámite procesal correspondiente, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

1.1.1. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN

PARTES

Demandante: LAURA MUÑOZ DE CADENA, identificada con C.C. No. 40.014.646 de Tunja

Demandada: Departamento de Boyacá – Secretaría de Educación de Boyacá

Declaraciones y condenas

Declarar la nulidad del oficio 10061.32-211570-11 del 15/11/2011, suscrito por el Gobernador del Departamento de Boyacá, mediante el cual se niega la relación laboral existente entre Departamento de Boyacá y Laura Muñoz de Cadena, durante el tiempo en que el actor se desempeñó como docente contratado bajo la modalidad de órdenes de prestación de servicios, y consecuentemente el pago de las prestaciones sociales causadas durante ese periodo.

Declarar que entre el Departamento de Boyacá y Laura Muñoz de Cadena, existió una relación laboral, por cuanto se dan los elementos de: Prestación personal del servicio, subordinación y remuneración; dentro del lapso comprendido entre el 03/02/97 al 30/06/97, del 31/07/97 al 30/11/97, del 30/01/98 al 15/06/98, del 13/07/98 al 30/11/98, del 27/01/99 al 11/06/99, del 12/07/99 al 26/11/99, del 12/04/2000 al 01/12/2000, del 22/02/2001 al 15/06/2001, del 09/07/2001 al 05/12/2001, del 19/02/2002 al 30/11/2002 y del 05/02/2003 al

214

30/11/2003 y prorroga hasta el 12 de diciembre de 2003, sea computado por efectos pensionales, de conformidad con lo estipulado en la ley 100 de 1993.

Condenar al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, al pago de las prestaciones sociales que en igualdad de condiciones reconocía a los empleados públicos docentes, tales como: Auxilio de Cesantía, intereses sobre la cesantía, prima de navidad, prima de vacaciones, vacaciones, auxilio de transporte, prima de alimentación, auxilio de movilización, calzado y vestido de labor; no canceladas por la demandada y causadas durante el periodo comprendido entre el 03/02/97 al 30/06/97, del 31/07/97 al 30/11/97, del 30/01/98 al 15/06/98, del 13/07/98 al 30/11/98, del 27/01/99 al 11/06/99, del 12/07/99 al 26/11/99, del 12/04/2000 al 09/06/2000, del 10/07/2000 al 01/12/2000, del 22/02/2001 al 15/06/2001, del 09/07/2001 al 05/12/2001, del 19/02/2002 al 30/11/2002 y del 05/02/2003 al 30/11/2003 y prorroga hasta el 12 de diciembre de 2003, derivadas de la relación laboral, así como la indemnización consagrada en la ley 244 de 1995, sin que se predique la prescripción extintiva de los derechos laborales, conforme al sustento legal que en seguida se explicará.

Condenar a la entidad demandada a reconocer, liquidar, y pagar las cotizaciones con destino al Sistema Nacional de Seguridad en pensiones y girarlos a la entidad que corresponda, con la finalidad de proteger las expectativas pensionales del aquí prohijado durante el tiempo de su vinculación.

Condenar a la entidad demandada a reintegrar los dineros que hubiesen sido descontados al salario devengado por la Sra. Laura Muñoz de Cadena por concepto de retención en la fuente.

Condenar a la Entidad demandada para que pague la indexación o corrección monetaria, sobre las sumas adeudadas al demandante desde el momento en que se debió cancelar cada suma de dinero y hasta cuando se verifique el pago total de las obligaciones.

Condenar a la entidad demandada a que de estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone el artículo 189 y 192 del Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN

2.1 Fácticos

Relata el apoderado de la parte actora que la Sra. Laura Muñoz de Cadena 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. Luego, el aquí poderdante durante el tiempo indicado en el numeral 1º, 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

del trabajador respecto de la entidad empleadora; un salario como retribución del servicio.

A pesar que los docentes contratados a través de órdenes de prestación de servicios realicen la misma actividad y cumplan con las mismas funciones de los de planta, son sometidos a un régimen contractual y no a uno legal, que los coloca en una situación más desfavorable. Los docentes vinculados por contrato administrativo de prestación de servicios, se encuentran en la misma situación de hecho y de derecho predicable de los educadores incorporados a la planta de personal de la entidad territorial y, por consiguiente, deben recibir el mismo tratamiento jurídico que la ley reserva exclusivamente a éstos.

Mediante Oficio No. 10061.32-211570-11 del 105 de noviembre de 2011, acto administrativo demandado, el Departamento de Boyacá resuelve negar la relación laboral y el reconocimiento de las prestaciones sociales originadas por la prestación del servicio.

2.2 Jurídicos

Normas de rango Constitucional:

Constitución Política. Artículos 4, 13,48 y 53.

Normas de ranga legal:

Decreto 3135 de 1968. Artículo 41.

Decreto 1848 de 1969. Artículo 102.

Decreto 2277 de 1979 – Estatuto Docente. Artículo 2º.

Ley 91 de 1989

Ley 100 de 1993

Ley 115 de 1994. Artículo 104.

Decreto 1860 de 1994. Artículo 57.

Ley 1437 de 2011. Artículo 159 y SS.

Referencias jurisprudenciales

Corte Constitucional. Sentencias C-056-93, C-555-94, C-154-97, y C-560-99.

Consejo de Estado. Exp. Sec. II No. 2005-3074 – Febrero 19/2009.

Exp. Sec. II – Subsección A No. 730012331000200400195 01- Junio 5/2008.

Exp. Sec. II – Subsección A No. 23001 23 21 000 2002 00244-01 (2152-06)- Marzo 6/2008.

Concepto de vialación.

El apoderado de la parte actora edifica su argumentación indicando que existe infracción de norma superior como causal de nulidad enfocándose a lo siguiente:

- EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL: Bajo el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución, destaca de la entrega libre de energía física o intelectual de una persona hacia otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen,

tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del Estatuto del Trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida.

Por lo que el derecho al trabajo bien puede imponerse al Estado y regir una relación de servicio que, pese a su calificación formal diferente, exhiba concretamente las notas que permitan reconocer la existencia de una prestación laboral. En este orden de ideas, la parte actora resalta la sentencia de la Corte Constitucional C-056 de 1993 y la sentencia C-555 de 1994.

Respecto a la primacía de la realidad sobre las formalidades se analizará por qué se debe hablar de una relación laboral que existió entre la Sra. Laura Muñoz de Cadena y la entidad territorial demandada:

Sobre las diferencias que hay entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios señala que del análisis comparativo que entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo, hay elementos 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. Luego, en suma, 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 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 las prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de contrato de prestación de servicios independiente.

Ahora bien, en el Decreto 2277/1979 dispone que 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 que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativas, 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. A su vez, la ley 115 de 1994, definió que el educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos, en los cuales están sometidos permanentemente a las directrices emitidas por las autoridades educativas, que son el Min. Educación y las Secretarías de Educación, así como a su inspección y vigilancia, y no gozan de

autonomía, en cuanto a que si requieren una permuta, un traslado, un otorgamiento de permiso, etc., necesitan la autorización de las autoridades locales, que son las que administran la educación conforme al Estatuto Docente a través de su respectiva secretaría de educación.

Frente al horario que debe desarrollar los docentes, el artículo 57 del Decreto 1860/94 – reglamentario de la ley 115/94, estableció que el calendario académico de todos los establecimientos educativos estatales y privados tendrá una sola jornada diurna, y que la semana lectiva tendrá una duración promedio mínima de 25 horas efectivas de trabajo en educación básica primaria y de 30 horas en educación básica secundaria y en el nivel de educación media. Sin embargo, el horario normal de trabajo de los maestros es el que corresponde a la jornada de los planteles educativos de enseñanza donde laboran a fin de cumplir con el pensum señalado a este nivel de educación, independientemente de su intensidad horaria.

En segundo lugar, en vista de lo anteriormente mencionado, la Sra. Laura Muñoz de Cadena se desempeñó como docente al servicio de la entidad territorial demandada, según consta en las órdenes de prestación de servicios, así: Del 03/02/97 al 30/06/97, del 31/07/97 al 30/11/97, del 30/01/98 al 15/06/98, del 13/07/98 al 30/11/98, del 27/01/99 al 11/06/99, del 12/07/99 al 26/11/99, del 12/04/2000 al 09/06/2000, del 10/07/2000 al 01/12/2000, del 22/02/2001 al 15/06/2001, del 09/07/2001 al 05/12/2001, del 19/02/2002 al 30/11/2002 y del 05/02/2003 al 30/11/2003 y prorroga hasta el 12 de diciembre de 2003, en el departamento de Boyacá. Luego, se concluye que las labores desarrolladas por la accionante, eran las mismas que las de los docentes de planta y que en el presente caso se configuran los tres elementos de la relación laboral; prestación personal del servicio, continuada subordinación y remuneración como contraprestación del servicio.

Es por ello, que la existencia de las órdenes de prestación de servicios docentes permite inferir que la administración pretendió evitar el pago de prestaciones sociales encubriendo la existencia de una verdadera relación laboral, por cuanto se mencionó anteriormente, la subordinación y la dependencia se encuentran insitas en la albor que desarrollan los maestros; es decir, son consustanciales al ejercicio docente. Así las cosas y conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, existía una relación laboral, en el que se impone la protección especial del Estado en igualdad de condiciones a la de los docentes de planta, según lo establecido en los artículos 13 y 25 de la carta política, razón por la cual el acto acusado resulta anulable. En las órdenes de prestación de servicios docentes suscritas se pretendió esconder una vinculación de derecho laboral público desconociendo el derecho constitucional a la igualdad.

Por lo anterior, una vez declarada la relación laboral, deberá ordenarse el pago de los derechos laborales, como son las pretensiones sociales generadas con ocasión de la prestación del servicio, pues se constituye una consecuencia obligada de la declaración de existencia de la relación laboral en mención.

- **CÓMPUTO DE TIEMPO LABORADO PARA EFECTOS PENSIONALES:** En base al artículo 48 de la Constitución Política, sobre la seguridad social como servicio público de carácter obligatorio en el que se garantiza a todos los habitantes como derecho irrenunciable. A razón de aquello, durante la relación laboral que existió entre el aquí prohijado y el Departamento de Boyacá era obligatoria la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en pensiones de igualdad de condiciones que los demás empleados públicos docentes, al omitir tal obligación la entidad demandada vulneró el derecho a la igualdad.

- **DE LA PRESCRIPCIÓN DE DERECHOS LABORALES:** Señala la parte accionante que la prescripción extintiva es un medio de extinguir la acción referente a una pretensión concreta, pero no el derecho sustancial fundamental protegido por el artículo 25 de la Constitución Política, porque el derecho al trabajo es imprescriptible.

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; por lo que en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales. No obstante, mediar una orden de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato. En suma, a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

2.3 OPOSICIÓN:

La entidad demandada, dentro del término concedido, dio contestación a la demanda (fls. 158 a 166), de la siguiente manera:

- **EN RELACIÓN CON LOS HECHOS:** Respecto al hecho 1º que se pruebe; a los hechos 2º, 3º y 9º señala que no son ciertos; a los hechos 4º, 5º y 6º no son hechos, son apreciaciones subjetivas de la parte demandante. Al hecho 7º, no es un hecho, son antecedentes jurisprudenciales que trae a colación la parte demandante; A los hechos 8º y 10º, son ciertos.

- **EN RELACIÓN A LAS PRETENSIONES DE TIPO DECLARATIVO**

A la declaración primera, se opone, pues el oficio 10061.32-211570-11 del 15/11/2011, que se demanda, no crea, modifica o extingue situaciones jurídicas de la demandante, pues este simplemente se limito a informarle que conforme a lo allí expuesto "no es procedente dar trámite a su solicitud". El oficio demandado no niega, ni acepta relación laboral entre la demandante y el Departamento, por lo tanto frente a esta pretensión, existe una carencia de causa.

A la declaración segunda, se opone, pues el contenido del acto demandado, nada tiene que ver con lo solicitado, pues en el mismo ni se niega, ni se acepta la existencia de una relación laboral. De otra parte, si la hoy accionante laboró por

órdenes de prestación de servicios, no resulta procedente la declaración de relación laboral entre las partes y por ende no hay lugar al pago de los emolumentos salariales y prestaciones pedidos por la actora.

A la declaración tercera, se opone, pues la entidad demandada, no es la competente para definir o determinar qué tiempo se computa o no para efectos pensionales, pues no es quien otorga pensiones, para esto debió demandar a la entidad que administra dicha prestación social, además frente a esta pretensión no se demuestra el agotamiento de la vía gubernativa. De otra parte, la accionante debió pagar durante el tiempo de ejecución de los contratos sus aportes a seguridad en salud y pensión, conforme a sus obligaciones contractuales.

- EN RELACIÓN A LAS PRETENSIONES DE TIPO CONDENATORIO

A la pretensión condenatoria primera, se opone, puesto que el acto demandado, no niega, ni acepta relación laboral, ni mucho menos niega o acepta el pago de prestaciones sociales, el mismo se limitó solo a informarle, que conforme a lo allí expuesta a su petición no se le daba trámite. Igualmente se opone, pues su vinculación se realizó por contrato de prestación de servicios el cual no genera relación laboral ni el pago de prestaciones sociales.

A la pretensión condenatoria segunda, se opone, por las razones anteriormente expuestas, además porque durante el tiempo que prestó sus servicios la demandante mediante contrato de prestación de servicios, una de sus obligaciones como contratista, era la de realizar sus aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones.

A la pretensión condenatoria tercera, se opone, por lo expuesto de forma anterior, y además si se llegaron a realizar descuentos, fue en cumplimiento de un mandato legal, y si se quiere su recaudo se debe demandar a la entidad beneficiaria – DIAN.

A las pretensiones 4º, 5º y 6º. Se opone por las razones expuestas dentro de la contestación de la demanda.

- A LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO – NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN: Reseña el apoderado de la parte accionada que con la decisión de la administración, no se ha puesto en peligro el derecho al trabajo ni se ha desmejorado su protección, la estabilidad laboral de la accionante estuvo garantizada, en la medida del término establecido en los contratos de prestación de servicio, así mismo se le reconocieron sus honorarios acorde a la ley.

Frente a la vulneración del artículo 13 de la Constitución Política se debe tener en cuenta que el principio de igualdad no consiste en dar a todos lo mismo, sino en dar a cada cual lo que le corresponde de conformidad con los mandatos legales y para este caso no se ha vulnerado el derecho por cuanto la Administración ha observado los lineamientos legales y la situación fáctica particular del demandante para adoptar la decisión. Adicionalmente, a sabiendas que la docente estuvo vinculado en forma exclusiva con la administración departamental como lo demuestran los actos contractuales y lo ratifican los hechos narrados por la demandante, estos mismos en su contenido se indica que la administración actuó de conformidad con la ley y en ningún momento se

desconoció derecho alguno que estuviera establecido en la orden de prestación de servicios.

Por otra parte, el Estado busca garantizar el cumplimiento de los fines esenciales del mismo, para promover la prosperidad general, acudiendo a la contratación de docentes con miras a cubrir todo el territorio. Luego, el contrato de prestación de servicios no es título para reclamar tratamiento de empleado público, de docente de planta, de aplicación de régimen prestacional de los docentes, pues la contratista no ha adquirido dicha calidad.

Es por ello, que el Estado no celebra con los docentes contrato de trabajo. En forma ordinaria los vincula mediante acto administrativo, de suerte que las normas del Código Laboral no resultan aplicables a la relación Docente – Estado.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha sido enfática en determinar en sentencia C-280/96 al mencionar que por no existir entre el contratista de prestación de servicios y la Administración, una relación de subordinación, sino la prestación de un servicio de manera autónoma, dichos contratistas no eran destinatarios de la ley disciplinaria, tesis acogida por la Sala Plena de la Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en providencia de 18/11/2003 – Radicada: IJ-0039.

- EXCEPCIONES

A) INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA: Se declaró no probada en la audiencia inicial.

B) INEXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE NATURALEZA LEGAL Y REGLAMENTARIA Y COMO INEXISTENCIA DE DERECHO A PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES..

C) COBRO DE LO NO DEBIDO

D) PRESCRIPCIÓN: Mixta.

- FUNDAMENTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA DE LA DEFENSA: Señala el apoderado de la parte accionada que la vinculación de la actora al servicio educativo no se hizo en forma regular, se trata de una situación atípica que obligo al Estado a acudir a una modalidad de Contrato de prestación de Servicios para garantizar la cobertura educativa ante las dificultades para la realización del concurso mediante los cuales se vinculen docentes en propiedad.

Adicionalmente, la prestación del servicio por parte de la accionante, fue consecuencia de contratos sin formalidades plenas, en los cuales se pacto el servicio a prestar y la contraprestación por el mismo a título de honorarios.

Ahora bien, el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, no está por encima de los principios constitucionales, la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública, son el nombramiento y la posesión, presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal, pues los empleos públicos son creados en ejercicio de función reglada. De modo que el empleo público no puede surgir de una relación contractual por lo que para el caso en concreto solo existe un contrato de prestación de servicios y que no existe posesión ni nombramiento mediante acto administrativo.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Solo presentó alegatos la parte demandada.

El Departamento de Boyacá, a través de apoderado judicial presentó en término alegatos de conclusión en el que manifiesta que se declare la no prosperidad de las declaraciones y condenas respectivas, toda vez que la actuación administrativa se ajusta a derecho cabalmente.

Al acceder al servicio público se encuentra entre una de ellas la del contrato de prestación de servicios que consiste de que la prestación del servicio no significa que habrá de acceder a la calidad de empleado público, pues para adquirir ese carácter se requiere de un procedimiento específico. Para el caso Sub lite, las circunstancias en que se prestaron los servicios se deben a la necesidad misma y a la actividad prestada, condiciones plenamente conocidas por el actor al momento de suscribir el contrato, situación que a la fecha no han sido discutidas pues respecto del contrato jamás se pidió su anulación siendo esta la fuente directa y primordial de las obligaciones que se ocupa el caso en mención.

La vinculación de la actora al servicio no se hizo de forma irregular, se trata de una situación atípica que obligó al Estado a acudir a una modalidad de contrato de prestación de servicios para garantizar la cobertura educativa ante las dificultades para la realización de concurso mediante el cual se vinculen docentes en propiedad; a su vez, el contrato de prestación de servicios no genera prestación laboral, solo da lugar al pago de honorarios pactados y que resulta improcedente el pago de prestaciones de las que solo surgen de una relación laboral a legal y reglamentaria.

Así las cosas, desvirtuado, por razón de los hechos y de la ley, que el acto administrativo que negó un derecho laboral, permite declarar la violación de un derecho anterior, que debe ser restablecido, frente que es necesario analizar su reclamación oportuna, pues pesa sobre los administrados el deber de hacer cumplir los derechos en el tiempo que la ley sustancial define para dicho propósito y que para el caso analizado es de 3 años, que para el caso objeto de estudio están mas que transcurridos, toda vez que se configura prescripción trienal de derechos laborales.

4. TESIS Y PROBLEMA JURÍDICO

Tesis de la parte demandante: Se circunscribe a establecer que las labores desarrolladas por el actor, eran las mismas que las de los docentes de planta y que en el presente caso se configuran los tres elementos de la relación laboral; prestación personal del servicio, continuada subordinación y remuneración como contraprestación del servicio. Que la administración pretendía evitar el pago de prestaciones sociales encubriendo la existencia de una verdadera relación laboral, por cuanto la subordinación y dependencia se encuentran incitas en la labor que desarrollan los maestros, es decir, son consustanciales al ejercicio docente.

223

Tesis de la entidad demandada, es que, en virtud a que el modo de contratación hecho con el demandante tuvo como fundamento una norma de carácter legal, no le asiste razón al demandante al pretender se reconozca la existencia de la relación laboral y, menos aún, el pago prestaciones sociales, pues el Departamento de Boyacá no actuó de mala fe como temerariamente lo quiere hacer ver el accionante.

Problema jurídico, Debe el Despacho determinar si **LAURA MUÑOZ DE CADENA** quien fuere vinculada mediante órdenes de prestación de servicios a la planta docente de la entidad territorial, tiene derecho a que se declare en su favor la existencia de un contrato realidad y si como consecuencia de esa declaración es procedente a título de indemnización reconocer y ordenar el pago de las respectivas prestaciones sociales por haberse desempeñado al servicio docente del Departamento.

De otra parte, es imperioso anotar que en torno al problema jurídico planteado surgen otros debates como por ejemplo: si de aceptar que la naturaleza de los derechos reclamados es de carácter laboral y que de los mismos surgen derechos que circundan la ejecución de la labor, ¿los mismos se convierten en absolutos e imprescriptibles?, y también se debe resolver desde cuándo, en casos como el presente, se hacen exigibles los derechos reclamados.

Tesis del despacho, radica en que para este despacho todos los derechos laborales que sean reclamados ante la justicia se ven sometidos a la prescripción, incluso aquellos que por razón de la forma de vinculación con la administración son negados mediante un acto administrativo, pues ninguna razón objetiva existe para excluirlos de la disposición que así lo contempla para este tipo de reclamaciones, en tanto la prescripción implica una medida de justicia que procura por el principio de seguridad jurídica. Solo habrá lugar a ordenar la cotización de Pensión al Fondo correspondiente por el tiempo por el cual prestó los servicios, sin perjuicio de que se descuente el monto de la cotización obligatoria correspondiente a la actora según lo preceptuado en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993. Razón por la cual se declarará que el tiempo laborado por la demandante, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, se debe computar para efectos pensionales.

5. DECISIONES PARCIALES

En el caso que nos ocupa, se surtió a cabalidad el trámite y procedimiento establecido en la Ley 1437 de 2011 sin que se observen causales de nulidad de lo actuado, razón por la cual debe ahora el Despacho desatar la controversia, no sin antes precisar el problema jurídico aquí planteado.

6. PREMISAS PARA LA SOLUCIÓN DEL CASO

6.1. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS EXCEPCIONES

De la titulada "Inexistencia de una relación de naturaleza legal y reglamentaria y como tal inexistencia de derecho a pago de prestaciones sociales" y "Cobro de lo no debido" propuestas por el Departamento de Boyacá; no serán estudiadas

en este acápite en razón a que de la manera como se plantearon constituyen argumentos de defensa más no excepciones en estricto sentido.

Por lo anterior, las mismas habrán de dilucidarse al momento de analizar y decidir el fondo del asunto, quedando así resuelta. Al respecto, el Honorable Consejo de Estado manifestó:

"En el derecho colombiano las excepciones se clasifican en previas y de mérito o de fondo. Las previas reciben ese nombre porque se proponen cuando se conforma la litis contestatio. Se refieren generalmente a defectos del procedimiento, como la falta de jurisdicción o de competencia y se permite alegar como previas algunas perentorias, como la cosa juzgada. Las excepciones perentorias o de fondo van dirigidas a la parte sustancial del litigio, buscan anular o destruir las pretensiones de la demandante, con el propósito de desconocer el nacimiento de su derecho o de la relación jurídica o su extinción o su modificación parcial."¹ (Subrayado fuera del texto original).

"En lo tocante a las dos excepciones propuestas por la parte demandada, la Sala considera que no son propiamente tales, porque si bien la excepción en Derecho Procesal es un medio de defensa, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, no puede englobar toda la defensa, como acontece en este caso. Las dos son nociones inconfundibles en dicho derecho. En efecto, mientras la defensa consiste en negar el derecho invocado por la demandante, la excepción de fondo, en estricto sentido, está constituida por todo medio de defensa del demandado que no consista simplemente en la negación de los hechos o del derecho aducido en la demanda sino en la invocación de otro u otros hechos impeditivos, modificativos o extintivos, que una vez acreditados como lo exige la ley, aniquilen o enerven las pretensiones del libelo demandatorio. Por ello la Corte ha considerado que la excepción "representa un verdadero contraderecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible generalmente de ser reclamado, a su vez, como acción"² (Subrayado fuera del texto original).

6.2. PREMISAS FÁCTICAS

Considera el despacho de relieve del material probatorio aportado a las presentes diligencias los siguientes documentos, debidamente incorporados al plenario:

- Original oficio 10061.32-211570-11 de fecha 15 de noviembre de 2011 (fl. 12)
- Copia del derecho de petición de reconocimiento de relación laboral y prestaciones derivadas. (fls. 13 a 18)

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil nueve (2009). Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00046-01(34239). Actor: INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES-INCO. Demandada: CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A.-COVIANDES. Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL.

² CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: ERNESTO RAFAEL RIZA MUÑOZ. Santo Fe, de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de Agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Radicación número: AC-1675. Actor: AURA NANCY PEDRAZA PIRAGAUTA. Demandado: VIVIANE MORALES HOYOS.

225

- Copia auténtica de las ordenes de prestación de servicio enunciadas por el demandante (fls. 19 a 54)
- Certificado de historia laboral de la demandante (fls. 55 a 80)
- Constancias de agotamiento de conciliación extra judicial (fls. 81 a 83).
- Certificado de factores salariales devengados por la Sra. Laura Muñoz de Cadena en el periodo comprendido entre 1997 y 2003 (fls.202-205).

6.3. PREMISAS JURÍDICAS

Normatividad

Constitución Política.

ARTICULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República (...) fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

Ley 80 de 1993

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.

I. Argumentos Jurídicos

• El trabajo principio fundante del Estado Social de Derecho.

La Constitución Política como norma jurídica tiene vocación expansiva e invasiva en todo el ordenamiento jurídico (Art. 4 CP), tiene una estructura de valores, principios y reglas constitucionales que determinan de manera efectiva y permanente toda la actuación de las autoridades de la República y, especialmente, una carta de derechos que actúan como verdaderos poderes en cabeza de las personas la cual sirve tanto de fundamento como de horizonte interpretativo de la parte organizativa de la propia Constitución. El trabajo no sólo es un elemento ontológico del Estado Social de Derecho, sino también un derecho como una obligación, es decir, actúa como valor (Preámbulo y artículo 1 CP), o sea, como un fin al cual debe propender el Estado; como principio o como mandato de optimización y horizonte interpretativo de las demás normas del ordenamiento jurídico (Art. 25 y 53); como derecho y obligación, lo cual implica acciones concretas y positivas tanto para garantizar el derecho como para propiciar un mínimo de condiciones materiales para su efectiva realización (Art. 25 y 53 CP).

El trabajo es un derecho que opera como garantía iusfundamental³, lo cual implica esencialmente que el Estado Social de Derecho, ha sido un cambio cualitativo y no simplemente gramatical o formal, del papel positivo en la garantía de los derechos, pues los derechos sociales son esencialmente prestacionales e implican una acción material de los mínimos existenciales de la vida de las personas.

"En tal sentido, el objetivo al cual se hace alusión consiste en ofrecer un acceso material al conjunto de derechos reconocidos en los textos constitucionales, pues gracias a la profunda escisión entre economía y derecho –la cual había sido concebida como la fórmula ideal para la realización de las libertades de los Ciudadanos- se hizo evidente la necesidad de enmendar las rupturas del tejido social que habían surgido como consecuencia de la liberalización total del mercado que, a su vez, había apartado a buena parte de la población de la oportunidad de ejercer sus libertades fundamentales. El Estado Social de Derecho emerge, entonces, como el resultado de una acentuada reformulación de los

3 Corte Constitucional, sentencia T-447/08.

instrumentos para la consecución de la libertad y, hasta cierto punto, de una nueva reflexión acerca del concepto mismo de libertad que pretende ser amparada en las democracias constitucionales.

En este contexto, el derecho al trabajo adquiere una innegable importancia como condición, en la mayoría de los casos insustituible, para la realización de los derechos fundamentales, motivo por el cual la realización de los supuestos que lo hagan posible constituye uno de los asuntos más relevantes que deben ser atendidos no sólo por el Estado, sino por la sociedad en conjunto.

El texto constitucional colombiano da fe de la enorme importancia que adquiere el derecho al trabajo en este panorama, no sólo como medio de participación activa en la economía, sino adicionalmente como herramienta para la realización del ser humano como Ciudadano, esto es, como integrante vivo de la asociación que aporta de manera efectiva elementos para la consecución de los fines de la sociedad. En tal sentido, el preámbulo de la Carta reseña como propósito esencial del acta fundacional vertida en la Constitución Nacional el aseguramiento de "la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz"⁴

Desde la perspectiva del Derecho Internacional, el trabajo como garantía iusfundamental ha sido consagrada en artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵. Todos estos derechos están sometidos al principio de progresividad (Art. 2 del Pacto), lo cual implica para el Estado parte actuar de manera positiva en aras de la protección de dichos derechos constitucionales sin que puedan haber retrocesos o disminución que impliquen la pérdida, disminución o deterioro de tales derechos, como sería el derecho al trabajo⁶.

• El contrato realidad.

Este principio emerge directamente del texto constitucional al establecer en el artículo 53 "la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales". Es decir, la garantía iusfundamental del trabajo se manifiesta directamente como límite a la autonomía de las partes contratantes puesto que además de servir para el trabajador como garantía o derecho, para el empleador es un límite a su acción o poder.

En el ámbito del servicio público se tiene que todos los cargos por lo general son de carrera (Art. 125 CP) y ser empleado público es un estatus que sólo se adquiere a partir de la investidura formal y material (Art. 122-125 CP), y por excepción existen otras modalidades como los de libre nombramiento, de período, los trabajadores y los otros que establezca la ley. (Art. 125 CP). Ahora, por

⁴ *Ibidem*

⁵ Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; b) La seguridad y la higiene en el trabajo; c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos"

⁶ El Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 20 de marzo de 2003, expediente 5001-23-31-000-2002-00059-01 (AP). Resolvió la acción popular donde se planteó una tensión entre el derecho al trabajo de los desplazados con el espacio público que ocupan temporalmente para su sobrevivencia. Además de acoger la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se planteó el dilema entre el empleo y el desempleo total o absoluto como una desprotección del Estado o un despojo de toda su dignidad.

fuera de este ámbito normativo, la vinculación al Estado también puede ser a través de contrato de prestación de servicios cuando lo que se busca es que los conocimientos especiales sean puestos al servicio del Estado, siempre que se respeten los límites y no sea una forma de evadir las obligaciones que se derivan del contrato de trabajo.

La Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997:

"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 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; **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."**

El Consejo de Estado ha variado su jurisprudencia en el sentido de aceptar que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se "demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación primeramente del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales, independientemente de la denominación jurídica que se le haya dado a dicha relación."⁷.

Esta postura venía siendo defendida por el Consejo de Estado y exigía que debían acreditarse siempre los tres elementos de la relación laboral⁸. Sin embargo, el mismo Consejo de Estado había sostenido que se pueden administrar

⁷El Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección A, sentencia del 14 de agosto de 2008, expediente 680012315000200200903-01 (0157-08). MP. Dr. Gustavo Gómez Aranguren.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda-, 23 de junio de 2005, expediente No. 0245 por el Dr. Jesús María Lemos Bustamante

contratos de prestación de servicios donde exista una relación de "coordinación en sus actividades", lo cual incluye horarios, a recibir instrucciones de los superiores o entregar reporte o informes, sin que por ello se transforme en una relación laboral o quede demostrado el elemento de la subordinación⁹. La Sección Segunda, se apartó en el 2005 de la tesis anterior y recuperó la tesis primigenia de ella misma en sentencia de 18 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado Flavio Rodríguez Arce (Exp. 11722 - 1198/98), donde hizo prevalecer "la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, cuyos supuestos fácticas deben ser materia de prueba".

En conclusión, para que opere la transformación de un contrato de prestación de servicios en un relación laboral, bajo el principio del contrato realidad, "se constituye en requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible la subordinación y dependencia, 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"¹⁰.

• **El contrato de prestación de servicios docentes.**

Si bien la tesis anterior lo que permite es que se indague si el contrato de prestación de servicios (forma) lo que se esconde es una verdadera relación laboral (realidad), lo cual le corresponde al demandante demostrar o acreditar dentro del proceso, para algunas actividades la jurisprudencia ha presumido su naturaleza jurídica de vínculo laboral. Esta presunción tiene sin duda un sustento pragmático y constitucional toda vez que si bien la Constitución es abierta y permite varias posibilidades normativas, no quiere decir por ello que sea neutra, puesto que existen unos límites ontológicos, axiológicos, institucionales, estáticos y dinámicos que determinan ciertas decisiones. Este Despacho comparte la nueva tesis jurisprudencial de la Sección Segunda del Consejo de Estado, toda vez que es más garantista, es decir, conforme con la constitución democrática o del estado social y democrático de derecho.

Desde la anterior perspectiva, consideramos que existen realidades socio-económicas que no pueden ser desnaturalizadas a través de formas jurídicas que las valoren por fuera de sus elementos determinantes o definitorios, puesto que si ellos se excluyeran se perdería su ser o se transformaría en otra cosa distinta. Un ejemplo de ello es la docencia que no podría ser formalizada a través del contrato de prestación de servicios toda vez que "la subordinación y la dependencia se encuentran ínsitas en la labor que desarrollan, es decir, que resultan consustanciales al ejercicio docente"¹¹ (resaltado fuera de texto).

9 Consejo de Estado, Sala Plena del Consejo de Estado del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.
10 El Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección A, sentencia del 14 de agosto de 2008, expediente 680012315000200200903-01 (0157-08). MP. Dr. Gustavo Gómez Aranguren.
11 El Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección A, sentencia del 14 de agosto de 2008, expediente 680012315000200200903-01 (0157-08). MP. Dr. Gustavo Gómez Aranguren.

El artículo 45 del Decreto 2277 de 1979, señala que a los docentes les está prohibido abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorización previa; y en el artículo 44, se delimita como deberes a su cargo los siguientes:

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

En cuanto al horario que deben cumplir los docentes, el artículo 57 del Decreto 1860 de 1994, reglamentario de la Ley 115 de 1994, establece que el calendario académico de todos los establecimientos educativos estatales y privados tendrán una sola jornada diurna, que la semana lectiva tendrá una duración promedio mínima de 25 horas efectivas de trabajo en educación básica primaria y de 30 horas en educación básica secundaria y en el nivel de educación media. Luego, respecto a este elemento no existe ninguna libertad o autonomía del docente para poder cumplir la función ya que la misma norma tiene señalado las condiciones y términos del desempeño de la función o el cargo. Y concluye el Consejo de Estado, "la labor docente en los establecimientos educativos oficiales no es independiente, pues pertenece a su esencia el hecho de que el servicio se preste personalmente y que esté subordinado permanentemente al cumplimiento de los reglamentos educativos, del pensum académico, del calendario y el horario escolar correspondiente, y en general de las políticas que fije el Ministerio de Educación al Ente Territorial para que administre dicho servicio público."¹²

La labor docente en los establecimientos educativos estatales genera de manera natural una relación laboral, de forma que resulta inadecuado el contrato de prestación de servicios toda vez que vulnera el artículo 13 de la Constitución Política y los valores y principios del Estado Social de Derecho al excluir a estos docentes de los beneficios y garantías previstas para los demás docentes, sin que frente a ellos hayan diferencias sustanciales o materiales que los excluya.

Por lo tanto, la jurisprudencia ha hecho una interpretación conforme a la constitución dándole un sentido o alcance al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, para limitar la acción de la administración cuando se trate de los contratos de prestación de servicios con los docentes, puesto que

¹²Ibidem

creó una presunción de la labor del docente que genera naturalmente una relación laboral y, en consecuencia, crea derechos salariales y prestacionales.

• **Prescripción parcial del derecho.**

La norma laboral establece la prescripción trienal¹³, no obstante, la jurisprudencia del Consejo de Estado (Sección Segunda, sentencia del diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009), expediente número 730012331000200003449-01, MP. Bertha Lucía Ramírez de Páez) sostiene que como la prescripción se cuenta a partir del momento en que se hace exigible la obligación (Vr. Gr. Dto. 3135/68 art. 41): (i), en los casos objeto de estudio no existe un tiempo a partir del cual se pueda tener certeza sobre dicho momento, (ii) sino que es mediante la sentencia constitutiva que declara el contrato realidad, (iii) a partir del cual se derivan las obligaciones laborales (iv) y se adquiere certeza respecto de la exigibilidad de la obligación (v). Concluye el Consejo de Estado:

"Por lo tanto, entendiendo que el término trienal de prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada, es justamente a partir de este momento que se contarían los tres (3) años de prescripción de los derechos de la relación laboral hacia el futuro, situación que operaría en caso de que continuara la relación laboral, empero como el sub-lite se contrae al reconocimiento de una situación anterior no existe prescripción pues la obligación, como se dijo, surge con la presente sentencia, tesis que la Sala en esta oportunidad acoge en su integridad.

En conclusión, en los contratos de prestación de servicios que se declare la relación laboral el término de prescripción trienal del derecho sólo empieza a contarse desde el momento de la ejecutoria de la sentencia puesto que es allí donde se constituye la obligación y empieza a correr el término debido a que se hace exigible, previo a éste momento sólo existe una expectativa. Sin embargo, esta postura no toma en cuenta argumentos esenciales, como son: a) no hay derechos absolutos y, b) que la prescripción es una medida adecuada e idónea para la efectividad de los derechos fundamentales pues da seguridad y término a la discusión sobre los derechos. La premisa esencial del Consejo de Estado, es que el término de prescripción se empieza a contar a partir de la sentencia que declara la relación laboral porque de ahí nacen los derechos laborales, es decir, se pueden hacer exigibles los derechos, luego la fuente formal del derecho es la sentencia constitutiva. Las anteriores premisas son parcialmente ciertas, pero este Despacho se aparta por las siguientes razones:

(i).-La prescripción es un fenómeno jurídico que le corresponde al legislador establecer el ejercicio de su amplio margen de libertad de configuración normativa para establecer los procedimientos judiciales, siempre que "el legislador respete condiciones de razonabilidad y proporcionalidad en la regulación pertinente, éste puede definir a libertad los términos de prescripción en

¹³ Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público. El artículo 102, prescribe:
"PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanan 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 sólo por un lapso igual."

los procedimientos judiciales.¹⁴ Por eso el Consejo de Estado en la jurisprudencia en comento, partió del supuesto de que es a partir del momento que se hace exigible la obligación que se empieza a contar el término de prescripción y como antes de la sentencia sólo existían derechos civiles, mal podría exigírsele al afectado el término de prescripción de los derechos laborales cuando ellos no existían.

(ii).-Razonamiento aparentemente lógico si no fuera porque si bien, los derechos laborales tienen relevancia en el Estado Social de Derecho¹⁵, la jurisprudencia no tuvo en cuenta la diferencia entre fuentes formales y materiales de los derechos laborales. En el Estado Social de Derecho, la fuente de los derechos laborales es esencialmente la realidad material y no las formas. El artículo 53 de la Constitución establece claramente como fuente material la "primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales",¹⁶ y las fuentes formales del derecho laboral son "la ley, los contratos, los acuerdos y convenciones de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores".

(iii).-Cuando el juez encuentre que hay una realidad donde existen los tres elementos de la relación laboral, lo que debe es reconocerla o declararla, y la consecuencia constitucional y legal frente a esta declaración son los derechos labores correspondientes. Par esa en otras sentencias el Consejo de Estado ha sostenido que "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, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional".¹⁷(subrayado nuestro). Luego, la jurisprudencia no es la fuente formal de los derechos laborales sino la propia realidad constitucional.

(iv).-Sin embargo, deben diferenciarse dos situaciones: una que corresponde a los derechos laborales mínimos, irrenunciables e imprescriptibles y otra a los derechos laborales económicos. Mientras que los primeros generan a la persona una

¹⁴ Corte Constitucional, C-570-2003, C-555-1996, C-555 de 2001

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-902-2003. "(...)Elio es así, pues si bien la prevalencia del interés general resulta indiscutible, y la Carta Política desde su artículo 1 así lo establece, también lo es que propende por la vigencia de un orden justo (C.P. art. 2), y en ese orden de ideas, el artículo 53, superior, en su inciso final, dispone que "La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores". Es más, es de tal trascendencia y relevancia la importancia que el Constituyente de 1991 otorgó al reconocimiento de los derechos laborales, que ni siquiera en los estados de excepción el Gobierno puede desmejorar los derechos sociales de los trabajadores (C.P. art. 215 in fine)."

¹⁶ Corte Constitucional, T-687-2008. "Como una garantía a favor del trabajador, el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo", lo cual implica que puede ser desvirtuada por el empleador con la demostración del hecho contrario, es decir, probando que el servicio personal del trabajador no se prestó con el ánimo de que le fuera retribuido, o en cumplimiento de una obligación que le impusiera dependencia o subordinación.

(...)

Por otra parte, en la sentencia C-166 de 1997, se destacó que la relación que existía entre el principio de la primacía de la realidad sobre la formalidades en las relaciones laborales y el mandato de prevalencia del derecho sustancial, implicaba una remisión al contenido material de la relación laboral, se indicó el efecto relacionado con la aplicación de las normas laborales y se resaltó que el principio teleológicamente estaba dirigido a impedir que el patrono se aproveche de la situación de inferioridad del trabajador. Al respecto expuso lo siguiente:

"Este principio guarda relación con el de prevalencia del Derecho sustancial sobre las formas externas, consagrado en el artículo 228 de la Constitución en materia de administración de justicia.

"Más que las palabras usadas por los contratantes para definir el tipo de relación que contraen, o de la forma que pretendan dar a la misma, importa, a los ojos del juez y por mandato expreso de la Constitución, el contenido material de dicha relación, sus características y los hechos que en verdad la determinan.

"Es esa relación, verificada en la práctica, como prestación cierta e indiscutible de un servicio personal bajo la dependencia del patrono, la que debe someterse a examen, para que, frente a ella, se apliquen en todo su rigor las normas jurídicas en cuya preceptiva encuadra.

"Eso es así, por cuanto bien podría aprovecharse por el patrono la circunstancia de inferioridad y de urgencia del trabajador para beneficiarse de sus servicios sin dar a la correspondiente relación jurídica las consecuencias que, en el campo de sus propias obligaciones, genera la aplicación de las disposiciones laborales vigentes, merced a la utilización de modalidades contractuales enderezadas a disfrazar la realidad para someter el vínculo laboral a regímenes distintos".

(...)

En conclusión, el principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales permite determinar la situación real en que se encuentra el trabajador respecto del patrono, la realidad de los hechos y las situaciones objetivas surgidas entre estos. Debido a esto es posible afirmar la existencia de un contrato de trabajo y desvirtuar las formas jurídicas mediante las cuales se pretende encubrir, tal como ocurre con los contratos civiles o comerciales o aún con los contratos de prestación de servicios.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección 8, sentencia del 30 de marzo de 2006, radicado número 52001-23-31-000-1999-01215-02(4669-04). MP. Alejandro Ordóñez Maldonado.

situación jurídica, los segundos generan externamente un beneficio patrimonial. El principio de primacía de la realidad lo que garantiza son los derechos laborales mínimos, irrenunciables e imprescriptibles, por lo tanto, no importa que la persona no los haya ejercido durante los plazos y términos establecidos en la normas legales pues es la propia Constitución los que se los otorga, como sería el derecho a la dignidad humana, el derecho a la protección social en pensión o la protección de los derechos de la vejez. (Art. 1, 46 y 48 CP). Qué sería de las personas que durante largos años mantuvieron relaciones labores cubierta por formas como el contrato de prestación de servicios? A la postre estas personas podrían llegar a quedar desprotegidas de sus derechos fundamentales y sería la sociedad y el estado quienes debe asumir en el futuro su protección. Cuál sería la razón constitucional para aceptar esta hipótesis interpretativa? Nos parece que se caería en una contradicción aplicar el principio de lo sustancial sobre lo formal para finalmente terminar, cuando se trata de restablecer el derecho, aplicando lo formal. En aplicación del principio de primacía de la realidad, en otro contexto el Consejo de Estado ha ordenado el reajuste pensional por considerar que es un derecho laboral mínimo.¹⁸ En conclusión, la fuente material del derecho laboral consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, lo que pretende es la protección efectiva de los derechos laborales mínimos y entre ellos está la garantía efectiva de la pensión (Art. 46) que sólo se logra si el propio estado y sus autoridades lo protegen y promueven, por lo tanto, frente a esta situación jurídica fundamental que sólo queda garantizada si desde el momento que existió la relación laboral falseada por el contrato de prestación de servicios, el empleador debe asumir el costo del derecho irrenunciable de la pensión pagando las cotizaciones correspondientes. Esta no es una ilegalidad sino una situación de inconstitucionalidad.

(v).-En cambio, los derechos económicos derivados de la relación laboral sí están sujetos a la prescripción extintiva toda vez que son renunciables y no generan ni propenden por una situación jurídica constitucional o estatus jurídico de la persona. Es decir, son todos beneficios económicos que tienen a darle a la persona una condición externa de bienestar.¹⁹ Esta situación económica externa, a diferencia de la situación jurídica de la persona pensionada, si corre por cuenta directamente del afectado ya que el derecho a la reclamación lo pudo ejercer durante el tiempo el término de prescripción trienal y no ejercerlo le trae las consecuencias jurídicas que la propia norma establece.

(vi).-La anterior diferencia entre el derecho que se tiene a la pensión como derecho fundamental el cual está unido de manera inescindible a los derechos que se generan de las relaciones laborales, a las que el Estado Social de Derecho

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de julio de 2007, radicado número 13001-23-31-000-2000-01155-01(6611-05). MP. Jaime Moreno García.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 20 de octubre de 2009, radicado No. 34414. MP. Luis Javier Osorio López. "Entonces, no es la posibilidad de demandar en cualquier tiempo los actos administrativos lo que fatalmente conduce a la imprescriptibilidad de la pensión de jubilación. La razón de ser de éste fenómeno es distinta (...) la pensión de jubilación genera un verdadero estado jurídico, el de jubilado, que la da a la persona el derecho a disfrutar de por vida de una determinada suma mensual de dinero. Por eso ha declarado la imprescriptibilidad del derecho a la pensión de jubilación y por ello la acción que se dirija a reclamar esa prestación puede intentarse en cualquier tiempo, mientras no se extinga la condición de pensionado, que puede suceder por causa de la muerte del beneficiario. 'Del estado jurídico de jubilado se puede predicar su extinción, mas no su prescripción', dijo la Corte (Cas. 18 de diciembre de 1954...)." "Sin que implique cambio de jurisprudencia -- sobre la imprescriptibilidad del derecho pensional en sí -- debe precisarse que una cosa es el status o calidad de pensionado, el cual por ser de carácter permanente y generalmente vitalicio aparea la imprescriptibilidad de la acción para su reconocimiento -- criterio jurisprudencial que se reitera--; y otra, la de los factores económicos relacionados con los elementos integrantes para la obtención de la base salarial sobre la cual se calcula el quantum o monto de la prestación, en la forma como lo hayan dispuesto el legislador, la convención o directamente las partes. Pues, en tanto que la titularidad de pensionado se predica de quien reúne los requisitos para ello, y tal situación se puede extender, por ficción legal en ciertos casos y en relación con ciertas personas, hasta con posterioridad a la muerte del causante; el valor de la pensión nace de manera individual y autónoma, con fundamento en la vigencia de los derechos laborales que la comprenden y que el legislador presume terminada con el acaecimiento del fenómeno prescriptivo previsto en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo para las relaciones individuales del trabajo de carácter particular y que el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social amplía a todas 'las acciones que emanen de las leyes sociales' del trabajo.

y sus autoridades está obligados a garantizar su efectividad, promoción y protección (Art. 2 y 46), y los derechos económicos derivados de esa misma relación laboral, sirve como fundamento para conciliar o ponderar los derechos y principios constitucionales en tensión. Por una parte se garantiza los fines esenciales de rango constitucional del Estado Social de Derecho (Art. 2, 6 y 230 CP) puesto que no se permite una situación de inconstitucionalidad al vulnerarse un derecho irrenunciable como es la pensión como también las reglas legales de la prescripción trienal extintiva de los derechos laborales, es decir, se preservan ambos fines en tanto que se sopesan los principios en juego determinando el grado de afectación en el caso concreto; segundo, la diferencia sirve para que los derechos fundamentales como la dignidad humana, justicia e igualdad material, irrenunciabilidad a las condiciones mínimas existenciales para lograr la situación jurídica efectivamente se garantice si no, se dejaría al garete la suerte futura de la persona, y al mismo tiempo se respeta el término legal establecido de prescripción para aquellos derechos laborales de carácter económicos dejando en cabeza del ciudadano la parte de la responsabilidad por la inactividad en el ejercicio de sus derechos, lo cual redundaría en seguridad jurídica, es decir, de manera abstracto el derecho fundamental de trabajador como valor fundante pesa más que la seguridad jurídica; tercero, cualquier otra medida, como la adoptada por la jurisprudencia, termina castigando solamente a una de las partes, ya al ciudadano beneficiando a la entidad pública quien era en realidad la que tenía un deber superior de promoción, protección y efectiva garantía de los derechos fundamentales, ya al estado exonerando de toda responsabilidad al ciudadano, es decir, empíricamente el ciudadano o particular resulta afectado de manera definitiva su derecho a la dignidad, condición existencial que el propio sistema simplemente debe garantizar o proveer de los recursos actuales menores que los futuros los cuales no serán sólo económicos o simplemente el estado asume todo el costo de la inactividad de la persona (Art. 2 y 6, 46, 48, 53 CP)²⁰.

Por último es necesario precisar que el precedente vertical conforme al cual los derechos laborales en el caso del contrato realidad sólo se materializan cuando logra ejecutoria la sentencia judicial que lo reconoce, que tiene carácter "constitutivo", ha sido relativizado, pues analizando este contexto en el trámite de acciones de tutela, el Consejo de Estado sostiene que la reclamación debe hacerse durante los tres años siguientes al momento en el cual se termina definitivamente el vínculo que encubre la relación laboral. El primero de dicho pronunciamientos, con ponencia del Magistrado Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN emitido el día 30 de octubre de 2013, estudiaba la procedencia de la tutela contra la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Santander que declaró probada la excepción de prescripción de las prestaciones sociales derivadas de un contrato realidad apartándose de la Jurisprudencia del Consejo de Estado por cuanto la reclamación se elevaba ante la Justicia 17 años después de culminado el vínculo contractual señalando que el precedente vertical en esta materia se había aplicado a situaciones en las cuales los interesados han

²⁰ Sobre ponderación de los derechos fundamentales revisar: Bernal Pulido, Carlos. La Ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales. En: *El Derecho de los Derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 93-111. Sobre la garantía como elemento definitorio de la Estado Constitucional ver: Luigi Ferrajoli, *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales*, En: *DOXA* 29 (2006). Manuel Aragón. "El control como elemento inseparable del concepto de constitución" En: *"Constitución, Democracia y Control"*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 83-116. El Consejo de Estado ha declarado la responsabilidad patrimonial del estado con base en la teoría de la posición de garante del Estado por omisión en el cumplimiento de sus deberes normativos, para una mirada completa de esta teoría ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente: 200012331000199703529 01, Radicación interna No.: 18.274.MP. Enrique Gil Botero.

reclamado ante la administración dentro de los tres (3) años siguientes a la terminación del contrato de prestación de servicios, esto es, dentro del término establecido en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y luego han ejercido su derecho de acción dentro del término fijado por la ley, argumento que permite en este caso al Juzgador apartarse del precedente vertical. Igualmente, en Sentencia de tutela del 30 de septiembre de 2013 el Consejero Dr. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO señaló refiriéndose al citado precedente del Consejo de Estado en materia de contrato realidad:

"(...) En lo que compete al caso en estudio, se observa que este y el precedente judicial traído a colación, aunque se enfrentan a un mismo problema jurídico, relacionado con la demostración del contrato realidad para efecto de reclamar el pago de derechos prestacionales, no comparten las mismas circunstancias fácticas, en tanto que entre uno y otro existe un elemento diferenciador relacionado con el lapso de tiempo en que el interesado demoró en acudir a la administración a fin de solicitar el reconocimiento de la relación laboral. (...)"

Frente a lo anterior se podría sostener que tal análisis es propio del ámbito de análisis de la acción de tutela, donde debe el Juez de manera oficiosa dar una dimensión y alcance concreto a los derechos atendiendo las circunstancias fácticas que se le presentan en la acción constitucional, ponderando dos valores si estos colisionan, como sería en este caso el reconocimiento y vigencia de los derechos laborales y la seguridad jurídica, sin embargo esta misma relativización del precedente se presenta en vía ordinaria, donde nuevamente se estudia el mencionado argumento relativo al deber de accionar oportunamente para lograr el reconocimiento de los derechos, aunque estos se surjan de una relación laboral encubierta por formalidades, como puede verse en este pronunciamiento de la Subsección "B" de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren:

"De acuerdo con los antecedentes jurisprudenciales citados, resulta claro que si bien la sentencia que declara la existencia del contrato realidad es de carácter constitutivo, el interesado debe reclamar ante la administración los derechos laborales derivados del vínculo de trabajo, dentro de un plazo razonable.

Con el objeto de establecer el término en el que se debe peticionar en sede administrativa, resulta pertinente acudir al artículo 66 del C. C. A. que regula la figura del decaimiento administrativo en los siguientes términos:

(...)

De la disposición transcrita se advierte que el legislador estableció un término de 5 años a partir de la firmeza de un acto, para que la Administración realice las gestiones tendientes a su ejecución, plazo que, a juicio de ésta Sala, resulta razonable para que el interesado reclame los derechos derivados del vínculo laboral si se tiene en cuenta que la terminación del último contrato de prestación de servicios puede asimilarse, mutatis mutandi, al acto de retiro.

En otros términos: si un acto administrativo debe ejecutarse en un término de cinco años, a la luz del derecho a la igualdad entre las partes, ese sería el plazo que tiene el contratista del Estado para acudir a la administración pidiendo el reconocimiento de la relación laboral y el consiguiente pago de las prestaciones.

Para esos efectos, resultaría viable – desde un plano teórico- , asimilar la fecha de terminación del último contrato, al acto de retiro del servicio.

De este modo, tal como ha sostenido la sala reiteradamente, antes de la Sentencia que declara la existencia del contrato realidad no puede hablarse de prescripción, pues ésta última se computa a partir de la exigibilidad del derecho.

Empero, armonizando los derechos laborales con los principios de preclusión, seguridad jurídica, razonabilidad, ponderación y, con la diligencia debida que debe acompañar las actuaciones de los administrados; concluida la relación contractual el interesado en reclamar la existencia del vínculo laboral y el pago de los derechos subyacentes al mismo, debe hacerlo dentro del plazo de los 5 años siguientes a la fecha de terminación del último contrato...”²¹

De igual manera, en vía ordinaria, al decidir una acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado en Sentencia del 9 de abril de 2014 con ponencia del Magistrado Dr. Luis Rafael Vergara Quintero señaló:

“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 sólo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; también lo es que el particular debe reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de su relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama.

Lo anterior quiere decir que si finiquitó la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan” Resaltado fuera de texto.

En conclusión, solamente a través de una ponderación de los principios y derechos que se ponen en juego en el caso particular y concreto es que puede resolverse el caso de la manera más justa y equitativa posible, así el Estado Social cumple el verdadero papel garantizador de los derechos, se respetan las normas de la legalidad y del Estado de Derecho, y al mismo tiempo se efectivizan los derechos fundamentales de los ciudadanos, atribuyéndole a cada parte su responsabilidad dentro de los límites mínimos del ordenamiento constitucional.

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, Sentencia del 8 de mayo de 2014, Expediente 08001233100020120244501.

237

• **El restablecimiento del derecho en los contratos de prestación de servicios docentes.**

El problema que ahora nos convoca es saber cuál sería el criterio o los parámetros para el restablecimiento del derecho. Lo primero es que si existe una vulneración del derecho a la igualdad del docente contratado por prestación de servicios, lo que indica es que ese derecho debe ser restablecido teniendo como punto de comparación el docente de planta cuya vinculación sea legal y reglamentaria o de carácter laboral. Segunda, lo que reclama la actora es el reconocimiento del estatus económico al que tiene derecho por haber desarrollado una labor docente, es decir, el respeto y realización del derecho a la igualdad consistente en que "a trabajo igual remuneración igual". Tercero, el principio de la efectividad de los derechos o al goce pleno más no absoluto de los derechos (Art. 2 CP), trae como consecuencia que los perjuicios ocasionados al afectado por una decisión administrativa sea reconocidos de manera integral y para el caso de los contratos de prestación de servicios cuando se ha solicitado el reconocimiento del contrato realidad y de los salarios y prestaciones en condiciones de igualdad de los docentes de carrera, el acto que niega ese reconocimiento debe ser restablecido en términos salarios y prestaciones dejadas de percibir, es decir, el parámetro o criterio para el restablecimiento es aquel que permite colocar a la accionante en las mismas condiciones económicas de los otros docentes que cumplen la misma función o labor docente. Cuarto, pero si bien es posible el restablecimiento en términos económicos, no así en términos del estatus o situación jurídico-administrativa toda vez que para ser funcionario público sólo se adquiere a través de un investidura que la misma constitución ha dispuesto y establecido de manera expresa, lo cual requiere concurso público y abierto, el cargo y las funciones previstas en la ley, el presupuesto (Art. 122 a 125 CP). Quinto, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en la sentencia precitada²² fijó una línea en el sentido que la prescripción del derecho sólo opera a partir del momento que quede ejecutoriada la sentencia constitutiva del derecho laboral de donde se origina los derechos salariales y prestacionales, sin embargo, desde nuestra perspectiva y como ya quedó sustentado antes el único derecho imprescriptible es el que corresponde a las cotizaciones para la seguridad social, el cual podrá ser reclamado en cualquier tiempo. Sexto, ahora es indispensable conciliar las anteriores posiciones teniendo en cuenta que resultan para el Despacho insuficientes y contradictorias con los derechos fundamentales en tensión.

SOLUCIÓN DEL CASO

Del acervo probatorio allegado al expediente se encuentra establecido en el presente caso lo siguiente:

La docente LAURA MUÑOZ DE CADENA, fue contratada por el Departamento de Boyacá, mediante orden de prestación de servicios entre el 03-02-1997 y el 12-12-2003, como acreditan los documentos que obran a folios 19 a 54 del expediente.

²² Sentencia del diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009), expediente número 730012331000200003449-01, MP. Bertha Lucía Ramírez de Páez

Visto lo anterior, debe establecer el despacho si en el presente evento surgen del vínculo establecido entre la docente LAURA MUÑOZ DE CADENA y el Departamento de Boyacá cada uno de los elementos propios de la relación laboral, a saber:

Prestación personal del servicio: como se estableció anteriormente, la docente LAURA MUÑOZ DE CADENA laboró para el Departamento de Boyacá, prestando sus servicios mediante contrato durante los años 1997 a 2003, conforme a los documentos reseñados con anterioridad

Subordinación: La labor realizada por la docente implicaba, al tenor de lo consagrado en la Ley 115 de 1994 arts. 104, 106 y 153, que se encontraba sometida en su trabajo a las directrices emitidas por las autoridades educativas, sin tener autonomía en asuntos referentes a traslados, permisos, etc., requiriendo para ello la autorización de las autoridades locales, con lo cual queda plenamente probado el segundo elemento del contrato de trabajo cual es la Subordinación; para el tema que nos ocupa el actor, como docente estaba sometida a las directrices y órdenes impartidas por el Alcalde municipal, ya que éste era su empleador directo. Además debía cumplir con un horario de trabajo e igualmente le estaba rotundamente prohibido abandonar su sitio de trabajo y/o interrumpir injustificadamente sus labores sin una autorización previa, tal como lo preceptúa el artículo 45 del Decreto 2277 de 1979.

Devengar un salario como contraprestación directa del servicio: Finalmente, hay que decir que como educadora vinculada mediante orden de prestación de servicios el actor tenía que por su actividad, percibir una remuneración tal como queda demostrado con las copias expedidas por la entidad demandada de las órdenes de prestación de servicios suscritas en donde se pactaban los respectivos honorarios por la prestación del servicio, con lo cual queda plenamente dilucidado, para el Despacho, que en dichas ordenes de prestación de servicios se escondió el sentido propio de la relación laboral, que prima sobre la realidad, obra igualmente certificación de salarios devengados a folios 202 y siguientes de las diligencias.

La Indemnización

Una de las consecuencias de la relación laboral es precisamente otorgar al trabajador los derechos, obligaciones y beneficios inherentes a su condición, siendo la justificación principal para reconocer dicho status.

No obstante, dicho reconocimiento no puede conllevar a que se de igualdad de trato a los contratistas de prestación de servicios y a quienes laboran para el Estado en razón de la existencia de una relación laboral, legal y reglamentaria. El Consejo de Estado, al debatir el punto relativo al reconocimiento de prestaciones sociales para los prestadores de servicios señaló:

"...Y es, finalmente, inaceptable, que se sostenga que no existe diferencia entre los efectos de un contrato de prestación de servicios como el del sub-lite y los de una situación legal y reglamentaria con base en que tanto los

contratistas como quienes se encuentran incorporados a la planta de personal se hallan en las mismas condiciones...."²³

Ello no puede ser de otro modo, pues el artículo Art. 125 de la Constitución Política señala los mecanismos a través de los cuales se vinculan los Ciudadanos como servidores públicos:

"Los empleos en los órganos y entidades del estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los que determine la ley.

Los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la Ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la Ley para determinar los meritos y calidades de los aspirantes. .."

Y con respecto a los educadores, la Ley 115 de 1994 en su Art. 105, desarrolla dicha norma, indicando que para adquirir la calidad de docente es menester superar el concurso de méritos, así como todas y cada una de las etapas señaladas por la ley.

Entonces, no pueden aplicarse las mismas consecuencias legales a la condición de contratista de prestación de servicio y a la de servidor público, ya que de este mismo razonamiento surge el imperativo de no mantener el régimen legal aplicable al contrato estatal cuando se desnaturaliza esta condición dando paso a una relación laboral con todos sus elementos, porque, como indicó la Corte Constitucional en Sentencia C- 555 de 1994, si no se respetan los parámetros propios de un contrato de prestación de servicios, la relación del contratista con el Estado puede "calificarse como relación laboral y derivar de ella los derechos contemplados en las normas que la regulan". Entonces, el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, pero ello no limita la posibilidad de que se acceda a la reparación del daño, que como bien lo ha sostenido el Consejo de Estado,²⁴ desde luego no podrá consistir en una medida de restablecimiento del derecho como el reintegro, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí puede adoptarse una medida de reparación como el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas. Frente a lo anterior, en pronunciamiento reciente la máxima corporación en lo contencioso administrativo estableció: "Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda de ordenar la indemnización reparatoria con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones

²³ Sala Plena, Consejo de Estado, decisión del 18 de noviembre de 2003.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009), Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05)

240

parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia"²⁵

En consecuencia, cabría reconocer a título de reparación del daño una suma equivalente al manto de las prestaciones sociales devengadas por los empleados públicos docentes del Departamento de Boyacá, durante el tiempo que laboró la demandante, no obstante debe estudiar el Despacho el efecto del fenómeno prescriptivo sobre los derechos reclamados, según la tesis que se esbozó anteriormente.

La prescripción de los derechos

El Despacho estudiará esta excepción, de conformidad con lo previsto en el inciso 2 del artículo 187 del C.P.A.C.A.

Por las razones expuestas en apartes anteriores de esta decisión, el despacho aplicara en la forma correspondiente esta figura frente a los derechos laborales económicos del actor, dejando a salvo los derechos labores imprescriptibles e irrenunciables. El tema de la prescripción de los derechos salariales y prestacionales se encuentra regulado en el Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, que dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y pública. Esta norma, en su artículo 102, previó:

"1. Las acciones que emanan 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 sólo por un lapso igual."

Con base en lo anterior, en el presente caso la prescripción trienal se interrumpió desde el momento en que el actor solicitó el reconocimiento de la existencia de la relación laboral establecida entre el Departamento de Boyacá y el demandante, lo cual sólo sucedió hasta el día 09 de septiembre de 2011, como acreditan los documentos que obran a folios 13 a 16 de las diligencias. En consecuencia, de conformidad con las pruebas allegadas a la actuación, debe declararse que la misma ha operado para los derechos salariales y prestacionales anteriores al 9 de septiembre de 2008, vale decir, para todos los derechos laborales reclamados, excepto en lo que se refiere a los aportes para pensión, de conformidad con la tesis esbozada con antelación y como pasará a verse.

Ahora bien, el demandante como sujeto activo de la relación laboral no acreditó la imposibilidad legal o contractual e incluso fáctica de solicitarle al Departamento de Boyacá el reconocimiento y pago de las respectivas acreencias.

²⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009). Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05)

241

La Seguridad Social.

El artículo 48 de la Carta determina que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se garantiza a todos los habitantes como derecho irrenunciable. Por otra parte "si se desvirtúa el contrato de prestación de servicios, y se acepta la existencia de una verdadera relación laboral es apenas lógico que produzcan plenos efectos, ello es, que el tiempo laborado sea útil para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación"²⁶

Al tenor de lo anterior se infiere que en vigencia de la relación laboral que, como se indicó con antelación, existió entre el Departamento de Boyacá y la actora, era obligatoria la afiliación al sistema general de pensiones, en igualdad de condiciones que los demás empleados públicos docentes del ente territorial demandado.

En nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones sociales referentes a pensión son cubiertas por las partes que integran la relación laboral, en materia pensional durante la ejecución, conforme a los porcentajes que legalmente se le han impuesto al empleador y al trabajador, por medio de la ley 100 de 1993 artículo 20. Por tanto, la reparación del daño en lo que respecta al monto del aporte a las pensiones no podrá ser la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones. (Artículos 15 Ley 100 de 1993)

En este orden de ideas, encuentra procedente el Despacho ordenar al Departamento de Boyacá, con el fin de proteger la expectativa pensional de la demandante que efectúe la cotización Pensión al Fondo correspondiente por el tiempo por el cual prestó los servicios, sin perjuicio de que asuma la sanción moratoria de que trata el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, si fuera del caso, y descuenta el monto de la cotización obligatoria correspondiente al actor según lo preceptuado en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, lo cual se deberá deducir de la presente condena. Razón por la cual se declarará que el tiempo laborado por la demandante, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, se debe computar para efectos pensionales.

6.- CONCLUSIÓN

De acuerdo a lo anterior la sentencia negará el reconocimiento de derechos de carácter patrimonial, en tanto la actora solicitó a la administración el reconocimiento y pago de acreencias laborales sólo hasta el día 9 de septiembre de 2011, no obstante que el último período de servicios con base en los cuales pretende construir la relación laboral había concluido el 12 de diciembre de 2003, es decir que el derecho se reclamó, cuando menos, pasados diez (10) años de la prestación, de manera que de acuerdo al contenido del Decreto 3133 de 1698 los derechos patrimoniales surgidos de ella, han prescrito, dejando a salvo aquellos relacionados con los aportes para pensión como ya se indicó.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009), Radicación número: 73301-23-31-000-2000-03449-01(3074-05)

242

Las sumas a reconocer y pagar se actualizarán de acuerdo con lo señalado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

Habrà de ordenarse al Departamento de Boyacà, con el fin de proteger la expectativa pensional de la demandante que efectúe la cotización Pensión al Fondo correspondiente por el tiempo por el cual prestó los servicios, y descuenta el monto de la cotización obligatoria correspondiente a la actora según lo preceptuado en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, lo cual se deberá deducir de la presente condena. Razón por la cual se declarará que el tiempo laborado por la demandante, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, se debe computar para efectos pensionales.

7. OTRAS DECISIONES

De conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del C.G.P. En consecuencia, en aplicación del numeral 5 del artículo 365 del C.G.P. y por accederse parcialmente a las pretensiones de la demanda el Despacho considera que no hay lugar a la condena en costas, pues observa el Despacho que los costos para solicitar la tutela judicial de los derechos que se reclaman en la presente acción no parten de una postura de la administración que pretendiera negar o desconocer los mismos, sino que se basa en las reglas establecidas en torno a la prescripción de los derechos laborales. Diferente sería la situación si el reclamo de la actora se hubiese elevado en momento cercano a la terminación de la relación contractual que escondía un vínculo laboral, y la decisión de la administración se basará en acoger las formas por encima de la realidad de la relación laboral, lo que sin duda representaría una conducta ajena al derecho, y merecería la administración asumir los costos derivados de la tutela judicial que se ve obligado a solicitar el trabajador.

Como agencias en derecho se fija el porcentaje del 1% sobre el valor de la estimación de la cuantía señalada en la demanda, conforme a lo expuesto en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

La sentencia deberá cumplirse conforme a lo ordenado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Tunja, administranda justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA:

PRIMERO: Declarar probada la excepción de "**PRESCRIPCIÓN**" sobre los derechos salariales y prestacionales causados antes del 9 de septiembre de 2008, es decir todos los reclamados, salva los aportes pensionales.

SEGUNDO: Se declara la nulidad del 10061.32-211570-11 del 15 de noviembre de 2011, suscrita por el jefe de la Oficina Jurídica de la Secretaría de Educación de Boyacà, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones

243

sociales a la señora LAURA MUÑOZ DE CADENA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Se declara que el tiempo laborado por la señora LAURA MUÑOZ DE CADENA bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios se debe computar para efectos pensionales.

CUARTO: El Departamento de Boyacá pagará los porcentajes de cotización correspondientes a pensión del demandante que debió trasladar al Fondo correspondiente, por todo el periodo en que prestó sus servicios como docente a este ente territorial, vinculada por órdenes de prestación de servicios. En caso de que la señora LAURA MUÑOZ DE CADENA no haya efectuado el aporte que por ley le correspondía, el Departamento de Boyacá efectuará los descuentos por cotizaciones de la presente condena.

QUINTO: Las sumas que resulten a favor de la actora se ajustaran, tomando como base el índice de precios al Consumidor tal como lo ordena el inciso 4º del artículo 187 de C.P.A.C.A.

SEXTO: No hay lugar a la condena en costas.

SÉPTIMO: Fjese como agencias en derecho el 1% de las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

NOVENO: Dese cumplimiento a la sentencia conforme a lo ordenado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

DÉCIMO: La sentencia se notificará conforme a lo señalado en el artículo 203 del C.P.A.C.A.

DÉCIMO PRIMERO: Archivar el expediente una vez cobre firmeza la presente providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO
Juez. /