



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja

Tunja, veintisiete (27) de julio de dos mil quince (2015)

Referencia 150013333011-2014-00069-00

Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Jenny Patricia Salamanca Sánchez

Demandado: Departamento de Boyacá

De conformidad con lo previsto en los artículos 181 y 187 del C.P.A.C.A., decide el Despacho en primera instancia sobre la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurada por Jenny Patricia Salamanca Sánchez en contra del Departamento de Boyacá.

I. ANTECEDENTES

1 Objeto de la Acción

La señora Jenny Patricia Salamanca Sánchez por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, presentó demanda con el fin de obtener la declaratoria de la nulidad del acto administrativo No. 2.5-38-2013PQR27304 de agosto de 2013, emitido por la Directora Administrativa de la Secretaría de Educación de Boyacá, mediante el cual se niega el reconocimiento de una relación laboral.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se declare que entre el Departamento de Boyacá y la demandante, existió un vínculo laboral. Así mismo solicita que se condene a la Entidad al pago de todas y cada una de las prestaciones sociales, de acuerdo al grado de escalafón que ostenta, los derechos prestacionales como: Primas de navidad, clima, localización y servicios, el subsidio familiar, vacaciones, auxilio de transporte, dotaciones de vestido y calzado de labor, cesantías e intereses sobre las cesantías, aportes a pensión y salud y las demás prestaciones reconocidas en la ley.

Se ordene a la demandada pagar la indexación, y/o correcciones monetarias a que haya lugar sobre las sumas adeudadas a favor de la accionante desde el momento en debieron ser canceladas y hasta el día que se confirme el pago total de la obligación.

Más adelante, pide que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar los intereses moratorios, dar cumplimiento a lo dispuesto en Sentencia T-098 de 1997 y se condene en costas.

2. Fundamentos Fácticos:

Como sustento de las pretensiones la apoderada de la parte actora narra, los hechos que enseguida se resumen (fls. 3, 48-49):

Refiere que entre la accionante y el Departamento de Boyacá se suscribieron varias órdenes de prestación de servicios, para los siguientes lapsos: Del 10 de octubre al 1º de diciembre de 2000, del 28 de febrero al 15 de junio de 2001, del 9 de julio al 5 de diciembre de 2001, del 26 de febrero al 30 de noviembre de 2002 y del 11 de febrero al 12 de diciembre de 2003.

Señala que la demandante cumplía a cabalidad con las órdenes impartidas por la demandada y desarrolló su labor en las idénticas condiciones que aquellos docentes vinculados, por cuanto desempeñaba las mismas funciones en el mismo horario pero percibiendo una contraprestación menor que ellos.

3. Normas Violadas y Concepto de Violación.

La apoderada de la parte actora señala como vulnerados los artículos 13, 25 y 53, de la Constitución Política; las Leyes 21 de 1982, 70 de 1988, 60 de 1993, 115 de 1994, 344 de 1995, así como los Decretos 2127 de 1945, 1950 de 1973, 3135 de 1968, 2400 de 1968, 1333 de 1986, los artículos 2 y 3 del Código Sustantivo del Trabajo y las sentencias de constitucionalidad C-154 de 1997 y T-098 de 1997.

Refiere que se vulneró el derecho a la igualdad por cuanto no debe existir el reconocimiento de excepciones o privilegios a un grupo determinado de individuos y excluir a otros en posiciones iguales en su labor diaria, dado que el

derecho a la igualdad se traduce en que a quienes desempeñen iguales labores les sean otorgados los mismos beneficios.

Señala que se conculcó el derecho fundamental a la no discriminación laboral toda vez que se escoge de manera arbitraria e ilegal la prelación en el pago de los salarios y prestaciones sociales, a favor de unos y en perjuicio de otros, esto es, reconociendo los emolumento salariales conforme a la ley tan solo frente a aquellos que tienen una vinculación legal y reglamentaria, pese a que quienes suscriben órdenes de prestación de servicios desempeñan las mismas funciones en igualdad de calendario y jornada escolar.

Advierte que el Departamento de Boyacá pretende desconocer los derechos adquiridos de la demandante para obtener beneficios económicos con el no pago de las prestaciones sociales bajo el argumento de la diferencia en la vinculación, transgrediendo el ordenamiento legal y el fin último del interés general, dado que no está permitido un trato discriminatorio con ese fundamento.

Indica que en la Sentencia T-098 de 1997 se sostuvo que: *"...No es posible crear distinciones entre trabajadores según el régimen que los cobije en relación con una misma prestación social. No se pueden establecer "categorías" de trabajadores colocando a unos en mejor situación que a otros cuando se encuentran ante un mismo derecho..."*

Expresa que el Decreto Ley 2277 de 1979, así como la Ley 115 de 1994, establecen que la vinculación de los docentes al servicio oficial debe ser por medio de un acto legal y reglamentario, por lo cual las ordenes de prestación de servicios suscritas con la accionante resultan a simple vista contrarias a sus postulados y los del ordenamiento superior.

Por último, indica que el acto demandado adolece de falsa motivación y desviación de poder, por cuanto niega la existencia de la relación laboral entre la docente y la entidad territorial, sin tener en cuenta que los elementos de dicha relación se encuentran plenamente demostrados.

4. Contestación de la demanda.

La entidad accionada Departamento de Boyacá contestó la demanda en forma extemporánea, tal y como se indicó en la audiencia inicial de fecha 15 de abril de 2015 (f.110.).

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 29 de mayo de 2014 (fls. 53-54), ordenando notificar personalmente a la Entidad demandada, la cual dentro del término de fijación en lista se abstuvo de dar respuesta al libelo incoativo (f.67).

Mediante auto de fecha 5 de marzo de 2015, se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial (fls. 104-105), que se realizó el 15 de abril de 2015 (fls. 109-111) el 18 de junio de 2015 se efectuó audiencia de pruebas, en la cual se logró el recaudo probatorio y se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento (fls. 167-169)

1.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término establecido por el Despacho para tal fin las partes se abstuvieron de presentar escrito de alegatos de conclusión.

III. CONSIDERACIONES

Finiquitado así el trámite del proceso y encontrando el despacho reunidos los presupuestos procesales y la ausencia de causal alguna de nulidad que invalide en todo o en parte lo actuado en el presente proceso, se profiere decisión de fondo en el asunto objeto de litis.

1. PROBLEMA JURÍDICO.

La controversia se contrae a determinar si existió relación laboral entre la señora Jenny Patricia Salamanca Sánchez y el Departamento de Boyacá durante el período comprendido entre el 10 de octubre al 1º de diciembre de 2000, del 28 de febrero al 15 de junio de 2001, del 9 de julio al 5 de diciembre de 2001, del 26 de febrero al 30 de noviembre de 2002 y del 11 de febrero al 12 de diciembre de 2003 y por ende si le asiste derecho a que le sean reconocidos los haberes y prestaciones propios de un docente de planta y en consecuencia si hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo No. 2.5-38-2013PQR27304 de agosto de 2013, mediante el cual se niega el pago de las prestaciones sociales y los demás emolumentos laborales reclamados.

Así las cosas, es del caso pronunciarse sobre el fondo del asunto así:

i) NORMATIVA APLICABLE

1.1. De la relación laboral

El derecho al pago de prestaciones sociales para quienes han sido vinculados mediante órdenes de prestación de servicios procede, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo (art. 53 C.P.), cuando se demuestra la existencia de los tres elementos propios de una relación de trabajo, cuales son: la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación laboral.

En especial resulta primordial establecer la existencia de la subordinación dado que este elemento es el que marca la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y una relación laboral. En tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C- 154 de 1997, al analizar las diferencias existentes entre la vinculación de personal por contrato de trabajo y por orden de prestación de servicios, así:

“Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.”¹ (Negrilla fuera de texto)

Para establecer la subordinación de las personas que se encuentran vinculadas mediante contrato de prestación de servicios el Consejo de Estado ha señalado que es necesario realizar un análisis juicioso, por cuanto no basta acreditar el cumplimiento de horario o una relación coordinada entre la Entidad y el contratista, adicionalmente una vez acreditada la subordinación, la reparación del daño debe materializarse de conformidad con los honorarios percibidos, si el cargo no existe en la planta de personal, tal como se destacó en sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la que se precisó:

“No existe discusión en cuanto a que para ostentar la calidad de empleado público es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución, como son que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Adicionalmente se deben cumplir los presupuestos de ley: Nombramiento y Posesión.

El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.”²

En reciente jurisprudencia se concretan los elementos o requisitos que deben considerarse para que se configure la existencia de un contrato realidad así:

“Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la actora pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la

¹ Sentencia C- 154 de 19 – 03-1997 M.P. Hernando Herrera Vergara

² C.E. S2 19 de febrero de 2009. Rad. No. 730012331000200003449-01(3074-2005) C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez

relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

*Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora **demostrar la permanencia**, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia,^[5] para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.*

*Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, por este sólo hecho de estar vinculado **no se le puede otorgar la calidad de empleado público**, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado esta Corporación en diferentes fallos”⁴*

1.2. De la relación laboral docente

La jurisprudencia también ha determinado que la situación de los docentes que laboran en establecimientos públicos de enseñanza por medio de contratos de prestación de servicios difiere de la de los demás contratistas por cuanto la subordinación es consustancial al ejercicio docente.

“... Sin embargo, para la Sala resulta especialmente distinta la situación de los educadores que laboran en establecimientos públicos de enseñanza por medio de contratos de prestación de servicios, pues respecto de ellos tales exigencias deben observarse en forma más flexible, como quiera que la subordinación y la dependencia se encuentran insitas en la labor que desarrollan; es decir, son consustanciales al ejercicio docente...”⁵

En otro pronunciamiento se señaló por parte del órgano vértice:

“De lo anterior se infiere que pertenece a su esencia de la labor docente el hecho de que el servicio se preste personalmente y esté subordinado al cumplimiento de los reglamentos educativos, a las políticas que fije el Ministerio de Educación, a la entidad territorial correspondiente para que administre dicho servicio público en su respectivo territorio, al pênsum académico y al calendario escolar.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

⁴ C.E. S.2. S.B 10 de julio de 2014 Rad. No. 05001-23-31-000-2001-00102-01 referencia 2661-2012. C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

⁵ C.E, Sent. 27 -10-2005, expediente 70001-23-31-000-2000-00011-01, C.P. Dr. Jairo Moreno García

No es entonces la labor docente independiente y siempre corresponde a aquella que de ordinario desarrolla la administración pública a través de sus autoridades educativas, pues no de otra manera puede ejercerse la enseñanza en los establecimientos públicos educativos, sino por medio de los maestros.”⁶

De conformidad con lo anterior es claro para el Despacho que en materia docente, una vez acreditada la calidad, *per se*, se configuran los elementos de prestación personal del servicio y subordinación, por ser estos inherentes a la actividad docente.

1.3. De la prescripción en materia de contrato realidad

En asuntos laborales, especialmente de derecho público, la prescripción fue contemplada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 “*por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales*”, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

Posteriormente, el Decreto 1848 de 1969 “*Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968*”, dispuso:

“ARTÍCULO 102. Prescripción de acciones.

⁶ C.E. S.2. S.A. 6 de marzo de 2008. Rad. No. 23001 23 31 000 2002 00244-01 (2152-06), C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren ver en similar sentido C.E. S.2. S.A. 9 de abril de 2014. Rad. No. 20001233100020110014201(013113), C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero

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.”

Así entonces, los derechos derivados de una relación laboral se ven sometidos a la prescripción extintiva luego de transcurridos tres (3) años, término que comienza a correr, según la norma jurídica, desde el momento en el cual la obligación es exigible, es decir, desde la fecha en que se reúnen los requisitos establecidos por el legislador. Así lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que frente al tema, en sentencia de 23 de mayo de 2001, a través de su Sala de Casación Laboral señaló:

“...lo que constituye el punto medular de debate y que plantea el recurrente a través de la acusación que se formula mediante el presente cargo, se enfoca en dirección a establecer si el término prescriptivo de la acción laboral para reclamar la indemnización moratoria, ha de contabilizarse a partir del momento en que terminó el contrato de trabajo, tal y como lo dedujo el Tribunal, o si por el contrario es desde cuando quedó ejecutoriada la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso 2117, y en la que se condenó a las demandadas al pago de unas prestaciones sociales a favor del actor, como lo afirma el censor.

En lo que no hay controversia entre las partes es en cuanto que los derechos laborales prescriben en tres años contados a partir del momento en que la respectiva obligación sea exigible, como lo establece el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y el 151 del Código Procesal Laboral, como tampoco que el presupuesto de la indemnización moratoria reclamada lo constituye el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales adeudadas al asalariado, según el texto del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. De ahí que la discusión en este asunto está circunscrita tan sólo al aspecto que sirvió de referente al juzgador para determinar la exigibilidad de la obligación demandada.

(...)

Como consecuencia de lo hasta aquí precisado es por lo que la Corte tiene dicho que para establecer cuándo se hace exigible una obligación se tiene que acudir, en primer lugar, a la norma sustancial que la regula y, en segundo término, identificada esta, determinar, con fundamento en las pruebas allegadas y para el caso específico, en qué fecha ocurrió el supuesto de hecho que consagra la disposición pertinente” (Negritas y subraya fuera de texto).

En el mismo sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia del Consejo de Estado, posición según la cual atendiendo a lo dispuesto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo, 151 del Código Procesal Laboral y 41 del Decreto 3135 de 1968, la prescripción en materia laboral se configura cuando han transcurrido más de tres (3) años, contados a partir de la causación del derecho.

Bajo la tesis de la H. Corte Suprema de Justicia, la prescripción se debe contabilizar desde que se reúnen los requisitos para la existencia de la relación laboral y se interrumpe con el agotamiento de la vía gubernativa, precisó el alto Tribunal:

“Los argumentos que sirvieron para dar prosperidad al primer cargo, son suficientes para reiterar la existencia de la relación laboral subordinada de la actora; se tendrá como desarrollada desde el 28 de diciembre de 1994 (folio 182), hasta el 26 de junio de 2003....

“Debe advertirse que se declarará probada la prescripción formulada por el ISS (folio 135), respecto de las acreencias causadas con anterioridad al 9 de febrero de 2002, teniendo en cuenta que el agotamiento de la vía gubernativa, con el cual se interrumpió la prescripción, se formuló el 9 de febrero de 2005 (folios 98 y 113) y la demanda se presentó el 28 de abril del mismo año (folio 123).”⁷

En igual sentido lo aplicaba el Consejo de Estado al señalar:

“...Resulta procedente reconocer en favor de la demandante y a título de indemnización, el equivalente a las prestaciones sociales que percibían los

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Rad. No. 34219 de 25 de marzo de 2009. M.P. Dr. Elsy del Pilar Cuello Calderon.

empleados públicos docentes del Municipio por el período comprendido entre marzo y noviembre de 1997, teniendo en cuenta el fenómeno prescriptivo señalado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, como quiera que el escrito petitorio que la demandante presentó ante la Alcaldía Municipal de San Luis de Gaceno, es de fecha 3 de marzo de 2000... ”⁸.

Tanto la interpretación de la jurisdicción ordinaria, como la que tradicionalmente había esbozado el Consejo de Estado y la normativa que contempla la prescripción de los derechos laborales, se fundamenta en que no se puede prohijar la existencia de derechos absolutos, pues quien debe una prestación determinada tiene el derecho a que sus deudas se extingan, siendo tal instituto una consecuencia jurídica desfavorable que se aplica a quien pudiendo reclamar un derecho no lo hace y que opera por el transcurso del tiempo, ya que su objetivo es suprimir el derecho de reclamar judicialmente el crédito, como consecuencia de la inactividad del acreedor en demandar el cumplimiento de la obligación, por considerar que su titular no tiene interés en hacerlo efectivo.

En tratándose de los derechos laborales que surgen como consecuencia de la desnaturalización que sufre la relación laboral a través del contrato de prestación de servicios, el Consejo de Estado asumió una posición jurisprudencial según la cual el término prescriptivo debe contabilizarse a partir de la ejecutoria de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral. La citada tesis se fundamenta en los siguientes aspectos:

“...Esta Sala en anteriores oportunidades, ha declarado la prescripción trienal de los derechos que surgen del contrato realidad, aceptando que dicho fenómeno se interrumpe desde la fecha de presentación de la solicitud ante la Entidad demandada. Sin embargo, en esta oportunidad replantea este criterio por las razones que a continuación se explican:

(...)

En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Subsección “A”. 15 de junio de 2006, Exp. No. 15001-23-31-000-2000-01164-01(4286-05), Actor: HILDA RAQUEL ESPITIA CALVO.

para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales...

Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria... ”⁹

El anterior criterio fue prolijado por la Corte Constitucional en sentencia T-084 de 2010¹⁰ bajo el entendido que corresponde a una aplicación de la ley, que salvaguarda de una manera más efectiva los derechos a la primacía de la realidad sobre las formas, al acceso a la administración de justicia efectiva y a la seguridad jurídica. Al respecto dijo la Corte:

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

(...)

39. En consecuencia, como existen formas hermenéuticas alternativas de contabilizar la prescripción, incluso con la formulación idiomática del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, que sacrifican en menor medida los derechos a acceder a la administración de justicia y a la primacía de la realidad sobre las formas, entonces desde un punto de vista

⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Consejero ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Rad.: 73001-23-31-000-2000-03449-01 (3074-05). Actor: Ana Reinalda Triana Viuchi. Demandado: Instituto de Seguros Sociales.

¹⁰ MAGISTRADA PONENTE: Dra. María Victoria Calle Correa.

constitucional resulta a primera vista injustificada la desprotección a la que conduce la interpretación dominante en la justicia laboral ordinaria, pues no tiene un mejor sustento constitucional que sus alternativas. Eso significa que a los derechos a la primacía de la realidad sobre las formas y a acceder a la administración de justicia se les ha conferido un grado de cumplimiento inferior al que sería óptimo, en la interpretación escogida por los jueces laborales demandados, porque las restricciones que les ha deparado no están justificadas constitucionalmente. Y dado que el nivel de cumplimiento de derechos fundamentales, que depara esa interpretación jurídica, es inferior al óptimo, entonces debe considerarse contraria a la Constitución, por implicar un desconocimiento directo de su fuerza normativa...”

La posibilidad de aplicar un término perentorio a la reclamación so pena de la pérdida del derecho fue aceptada por el Consejo de Estado en sentencia de tutela proferida el 6 de septiembre de 2013 en el expediente radicado con el No. 11001-03-15-000-2013-01662-00, Actor: Rosa Ismetnia Moreno De Palacios, en la que se precisó que en el asunto en el cual se adoptó la decisión de unificación no había transcurrido un término prolongado desde el momento en que el trabajador se había retirado del servicio y hasta la reclamación de su derecho. Señaló el Consejo de Estado: *“La Sala negará el amparo impetrado, pues si bien ha sido reiterada la jurisprudencia en el sentido señalado por la parte actora, lo cierto es que la misma se ha aplicado a situaciones en que los interesados han reclamado ante la administración dentro de los 3 años siguientes a la terminación del contrato de prestación de servicios suscrito”*. Si bien, en dicho pronunciamiento se hace referencia al término prescriptivo de 3 años, el Despacho considera que es imposible acogerlo para el caso de autos pues resulta abiertamente incompatible con la decisión de unificación que señaló que la prescripción no era procedente, así:

“Como se observa, el término de prescripción de tres años se cuenta desde que la obligación se hace exigible, pero debe tenerse en cuenta que en el contrato de prestación de servicios, el derecho surge desde el momento en que la sentencia lo constituye a favor del contratista junto al restablecimiento traducido en el pago de la suma indemnizatoria, porque previo a la expedición de la sentencia que declara la primacía de la realidad laboral sobre la contractual, no existe ningún derecho a favor del contratista de prestación de servicios emanado de un vínculo laboral, con lo que resulta, que es imposible que se pueda predicar la prescripción de un derecho que no ha nacido a la vida jurídica.

No resulta razonable aplicar la prescripción trienal a la indemnización que se reconoce al contratista en la sentencia, si se tiene en cuenta que como se advirtió, dicha figura es una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley le otorga, derecho que solo se constituye en la

sentencia que determina la existencia de la relación laboral.”¹¹ (negrilla fuera de texto)

Tesis que ha sido reiterada en múltiples oportunidades¹²; por lo que resultaría contradictorio tomar el término que la ley señala para que opere la prescripción a fin de determinar el tiempo con que cuenta el trabajador sometido a contrato realidad para reclamar su derecho.

En reciente pronunciamiento el Órgano Vértice de la Jurisdicción continúa señalando que no es posible aplicar el término prescriptivo en los casos en los cuales se reclaman las prestaciones provenientes de contratos de prestación de servicios desnaturalizados por la existencia de una verdadera relación laboral. Preciso la mencionada Corporación:

“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 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:

‘ARTICULO 66. PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

1. Por suspensión provisional.

¹¹ Ver C.E. S2 19 de febrero de 2009. Rad. No. 730012331000200003449-01(3074-2005) C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez

¹² Ver C.E. S.2. S.B. 11 de noviembre de 2009, Rad. No. 680001-23-15-000-2004-02350-01(2486-08) C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez//, C.E. S.2. S.B. 25 de marzo de 2010 Rad. 08001-23-31-000-2004-00540-01(0776-09). C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila// C.E. S.2.S.B. 29 de marzo de 2012 rad. No. 11001-03-15-000-2011-01610-00(AC) C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve//, C.E.S.2.S.B.24 de febrero de 2014 Rad. No. 200012331000201100312 01.(1994-2013) C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez//, C.E. S.2.S.A. 5 de junio de 2014. Rad. No. 08001 23 31 000 1999 00379 01 (1562-13). C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren // C.E. S.2. S.B 10 de julio de 2014 Rad. No. 05001-23-31-000-2001-00102-01 referencia 2661-2012. C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve entre otras.

2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. **Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.**
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan su vigencia". (Las negrillas son de la Sala).

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 esta 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 5 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 del retiro del servicio.

De este modo, tal como lo 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."¹³

Así las cosas, la tesis del Consejo de Estado plantea que la reclamación del derecho debe efectuarse en el mismo término que ha conferido la Ley para que la Administración realice las acciones para ejecutar un acto administrativo, esto es cinco años:

"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 esta 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 5 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.*"**¹⁴

Así pues, si bien es cierto el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo continúa manteniendo la posición de inaplicación del fenómeno jurídico de la prescripción en los casos de contrato realidad, planteó la importancia de establecer límites a los derechos derivados del mismo, pues de lo contrario éstos se convierten en perennes, dado que sin importar el transcurso del tiempo podrían ser reclamados en forma indefinida, lo que conlleva a que carezcan de límites, debiendo ser interpretados como derechos absolutos, los cuales no son susceptibles de ser aceptados en un Estado Social de Derecho. Sobre este punto se pronunció la H. Corte Constitucional, así:

"De conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, en nuestro ordenamiento no existen derechos absolutos. La regulación legislativa de los derechos y garantías representa inevitablemente una

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Gustavo E. Gómez Aranguren. Bogotá D.C., 8 de mayo de 2014. Ref: Expediente No. 080012331000201202445 01. Número interno 2725- 2012. Autoridades nacionales. Actor: Jesús María Palma Parejo.

¹⁴ C.E. S.2. S.B. 8 de mayo de 2014. Rad. No. 080012331000201202445 01 (2725- 2012.) C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

delimitación de sus ámbitos y sus alcances, la cual debe enmarcarse dentro de la Constitución.

“El ejercicio de todo derecho encuentra límites en el respeto a los derechos de los demás, en la razonable protección de intereses públicos definidos por el legislador y en el cumplimiento de deberes cuyo alcance preciso también debe ser establecido por el legislador”. (negrilla fuera de texto)

En ese orden de ideas, no es procedente aceptar que los derechos derivados del contrato realidad se constituyan en derechos absolutos o a perpetuidad y que puedan ser oponibles en toda circunstancia a los intereses generales del Estado y de la sociedad, pues ello es contrario al Estado de Social de Derecho.

La limitación del derecho en atención a la negligencia en que incurre el trabajador cuando no cumple con el deber de reclamar dentro del término razonable se aviene con la filosofía del Estado Social de Derecho, en el cual el individuo tiene derechos con correlativos deberes y obligaciones.

El principio de preclusión en el cual se basa la nueva tesis que esboza el Consejo de Estado, se cuenta con los mismos fundamentos que rigen la prescripción pues se impone al titular del derecho cumplir con la obligación de hacerlo efectivo en un lapso considerable que no perjudique los derechos de los demás, pues de no entenderlo así se estaría desconociendo el deber consagrado constitucionalmente consistente en respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. Ambas figuras se centran además en la necesidad de sancionar a los acreedores indolentes en ejercer oportunamente sus derechos.

La Corte Constitucional ha dejado en claro que en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio o la negligencia del titular, razonamientos que se encuentran en concordancia con el principio de preclusión. En efecto, ha señalado la Corte:

“Tanto la prescripción como la caducidad son fenómenos de origen legal cuyas características y efectos debe indicar el legislador; estas figuras procesales permiten determinar con claridad los límites para el ejercicio de un derecho. En virtud de la prescripción, en su dimensión liberatoria, se tiene por extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado, se puede presumir que el titular lo ha abandonado; por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio, o sea la negligencia real o supuesta del titular.”¹⁵

El Despacho encuentra justificado el que el Máximo Tribunal de lo Contencioso exponga que el término de preclusión que tiene el trabajador para reclamar sus acreencias laborales se debe contabilizar a partir de su desvinculación, por cuanto desde momento el funcionario deja de estar bajo la subordinación del empleador, por lo que no existe razón que sustente la omisión en el reclamo de sus derechos.

La aplicación de la tesis expuesta por el Órgano Vértice de la jurisdicción en las providencias antes citadas, según la cual los derechos que devienen de las órdenes de prestación de servicios solo pueden ser reconocidos en su totalidad cuando son reclamados antes que venzan los cinco años contados desde la fecha de la desvinculación del trabajador, contribuyen a la protección del principio de la seguridad jurídica y la vigencia de un orden justo. Sobre la importancia de limitar los derechos en el tiempo, que en el presente caso se consolida en la aplicación del principio de preclusión se pronunció la H. Corte Constitucional, así:

“Las prescripciones de corto plazo buscan también la seguridad jurídica, que al ser de interés general, es prevalente (art. 1o. superior). Y hacen posible la vigencia de un orden justo (art. 2o. superior), el cual no puede ser jamás legitimador de lo que atente contra la seguridad jurídica, como sería el caso de no fijar pautas de oportunidad de la acción concreta derivada del derecho substancial. Es por ello que la prescripción trienal de la acción laboral es proporcionada con las necesidades, y por tanto no es contraria a la igualdad, ya que ésta consiste en una equivalencia proporcional, y no en una homologación jurídica absoluta de materias diversas, lo cual sería, a todas luces, un absurdo”¹⁶.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-227 de 30 de marzo de 2009. Exp. No. D-7402 M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-072/94

En la sentencia antes mencionada se cita una sentencia de 31 de octubre de 1950 proferida por la H. Corte Suprema de Justicia, en la que dicha Corporación indicó:

"El fundamento racional de la prescripción extintiva es análogo al de la prescripción adquisitiva, expresan los expositores Colin y Capitán. El orden público y la paz social están interesados en la consolidación de las situaciones adquiridas. Cuando el titular de un derecho ha estado demasiado tiempo sin ejercitarlo, debe presumirse que su derecho se ha extinguido. La prescripción que interviene entonces evitará pleitos cuya solución será muy difícil en virtud del hecho mismo de que el derecho invocado se remonta a una fecha muy lejana".

Atendiendo el principio de transparencia, es del caso señalar que en reciente providencia la Subsección A¹⁷, expuso nuevamente la tesis original conforme a la cual la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral, debe efectuarse en los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de la configuración de la prescripción de los derechos del trabajador, posición que es incompatible en su integridad con la sentencia de unificación vigente que proscribe la aplicación de la prescripción a casos en los cuales exista una relación laboral oculta por un contrato de prestación de servicios; posición que se aparta del precedente horizontal, sin realizar mayores exposiciones argumentativas para el efecto.

Frente a esta nueva posición el Despacho advierte que la Ley 1437 de 2011 en el artículo 270 confiere a la jurisprudencia la calidad de fuente directa del derecho en la jurisdicción contencioso administrativa, al otorgarle fuerza vinculante a la jurisprudencia y con ello coherencia y seguridad jurídica al ordenamiento; lo cual se encuentra en consonancia con lo previsto en los artículos 10 y 102 de la citada ley, que les genera a las Entidades el deber de adoptar sus decisiones teniendo en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial que hayan sido dictadas por el Consejo de Estado.

¹⁷ C.E. S.2. Sb. A. 9 de abril de 2014. Rad. No. 20001233100020110014201(013113) C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

Las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado son de obligatorio cumplimiento, así se interpretó en concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹⁸ con número de radicación interna 2177 de fecha 10 de diciembre de 2013, en el que se señala que las sentencias de unificación preferidas antes y después de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, tienen carácter vinculante.

La sentencia de unificación que sobre el tema de prescripción en materia de contrato realidad ha emitido el órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es la proferida por la Sección Segunda el 19 de febrero de 2009¹⁹ y que de conformidad con lo previsto en la Ley 1437 en consonancia con la interpretación señalada por el Consejo de Estado es vinculante al momento de decidir asuntos similares, razón por la cual se continuará dando aplicación a la sentencia de unificación morigerada en lo que tiene que ver con el tiempo con el cual cuenta el trabajador para reclamar el derecho, sin que para el efecto sea procedente acudir a la prescripción, o al término previsto para ésta por ser incompatible con la *ratio decidendi* de la sentencia de unificación.

ii) CASO CONCRETO

En el presente caso se acreditó mediante Oficio D.J. 1466 suscrito por el Secretario de Educación de Boyacá que la demandante suscribió contratos de prestación de servicios por los siguientes lapsos del 10 de octubre al 1º de diciembre de 2000, del 28 de febrero al 15 de junio de 2001, del 9 de julio al 5 de diciembre de 2001, del 26 de febrero al 30 de noviembre de 2002 y del 11 de febrero al 12 de diciembre de 2003²⁰ (f. 90) información que se confirma con certificación expedida por el Director de Núcleo Educativo de Desarrollo del Municipio de Sutatenza (Boyacá) (f. 89)

¹⁸ Consejero Ponente: Dr. William Zambrano Cetina

¹⁹ C.E. S.2. 19 de febrero de 2009. Rad. No. 730012331000200003449-01(3074-2005) C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez

²⁰ En igual sentido reposan las órdenes de prestación de servicios suscritas entre las partes a folios 25 a 33 y 37 a 41.

Así las cosas, la demandante culminó la prestación del servicio el 12 de diciembre de 2003 (f.89), la reclamación debió ser presentada hasta el 12 de diciembre de 2008; sin embargo, se observa que transcurrieron más de 10 años (28 de junio de 2013) para que se presentara la solicitud de reconocimiento de la relación laboral (f. 97), por lo que de acuerdo a la posición jurisprudencial expuesta en el presente caso, en atención a los principios de preclusión, seguridad jurídica, razonabilidad y ponderación no es procedente acceder al reconocimiento del derecho reclamado.

En suma, el Despacho e concluye que a pesar que en el *sub judice* se encontraron acreditados los elementos de la relación laboral, no es viable acceder a las pretensiones de la demanda, en atención a que la actora no elevó la solicitud ante la Administración en el término de los cinco (5) años siguientes al retiro.

IV. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P. aplicable por remisión expresa del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, las costas proceden cuando *"en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*; de lo anterior se colige que la imposición de costas no puede ser una decisión automática sino que debe sopesar las pruebas que obran en el plenario y el comportamiento de la parte a lo largo de la actuación²¹

El Despacho considera que el cambio jurisprudencial que dio lugar a negar las pretensiones de la demanda no puede dar lugar a la imposición de costas a una persona que acudió a la jurisdicción teniendo como base una decisión de unificación que con el paso del tiempo fue morigerada, por lo que se abstendrá de imponerlas.

V. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Tunja, actuando en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

²¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Auto de 26 de febrero de 2014 Exp. No. 85001233100020080010502 (19977), Actor: B.P. Exploration Company Colombia Limited contra la Corporación Autónoma Regional De La Orinoquía.

FALLA.

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda a la señora Jenny Patricia Salamanca Sánchez, identificada con C. C. No. 23.755.176 de Miraflores, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Abstenerse de condenar en costas a la parte demandante, por los motivos expuestos.

TERCERO: Notifíquese la presente providencia de conformidad con lo previsto en el artículo 203 del C.P.A.C.A. Una vez en firme esta providencia archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor. Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


PATRICIA SALAMANCA GALLO
JUEZ