



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

Tunja, veinticuatro (24) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Demandante : Nubia Edith Peña Amezquita
Demandado : Municipio de Otanche
Radicación : 150013333011201500002-00
Medio : Nulidad y Restablecimiento

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181, inciso final de la Ley 1437 de 2011 – CPACA, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control de la referencia.

I. ANTECEDENTES

La demanda y la tesis de la demandante (fol.2-18)

La señora Nubia Edith Peña Amezquita, a través de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, contra el Municipio de Otanche. Solicitó la declaratoria de nulidad del Oficio No. SG210.06-28 del 21 de julio de 2014, por medio del cual se negó el pago de unas prestaciones sociales.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se declare i) que entre la demandante y el Municipio de Otanche existió una relación laboral durante el período comprendido entre el 01/02/91 al 30/11/91, del 10/02/97 al 30/04/97, del 01/05/97 al 31/07/1997, del 01/08/97 al 30/11/97, del 01/02/98 al 30/04/98, del 01/05/98 al 31/07/98, del 01/08/98 al 31/10/98, del 01/02/99 al 30/04/99, del 01/05/99 al 30/06/99, del 01/10/99 al 30/11/99, del 01/02/2000 al 30/11/2000, del 01/02/2001 al 30/04/2001, del 01/05/2001 al 30/11/2001, del 01/02/2002 al 30/04/2002, del 01/05/2002 al 30/11 2002; ii) que el anterior tiempo es computable para efectos pensionales; iii) se ordene el reconocimiento y pago de la totalidad de las prestaciones sociales correspondientes a los empleados públicos docentes del Municipio de Otanche; iv) las cotizaciones con destino al Sistema Nacional de Seguridad Social en Pensiones; v) el reintegro de los dineros

descontados por concepto de retención en la fuente y iv) la indexación o corrección monetaria sobre las sumas adeudadas.

Afirma que en el desarrollo de las órdenes de prestación de servicios suscritas con el Municipio de Otanche, se desempeñó como docente, con los elementos de subordinación y dependencia, que son propios de la labor que desarrollan los maestros de planta y lo que se pretendió por parte de la administración con la celebración de dichos contratos, fue evitar el pago de prestaciones sociales encubriendo la existencia de una relación laboral.

Contestación y tesis de la demandada

Se opuso a las pretensiones al considerar que la relación existente entre las partes fue de prestación de servicios profesionales en virtud de contratos suscritos, cuya naturaleza no da lugar al reconocimiento de los pagos solicitados con la demanda.

Alegó que los derechos reclamados se encuentran prescritos.

Propuso las excepciones que denominó: "*prescripción extintiva de la acción*", "*inexistencia de los derechos reclamados*", "*temeridad y mala fe*" y "*caducidad de la acción*".

Alegatos de conclusión

Dentro del término para alegar (f. 197), la entidad demandada se pronunció insistiendo en los argumentos de la contestación de la demanda. Añadió que los contratos de prestación de servicios suscritos con la demandante nacieron y se desarrollaron con ocasión de un vínculo eminentemente contractual, en virtud del artículo 3 del Decreto 45 de 1996 que permite la contratación de docentes a través de dicha figura, por lo cual, no puede hablarse de subordinación ya que la labor se desarrolló en cumplimiento claro y expreso del objeto contractual y las sumas percibidas nunca tuvieron la naturaleza de salario (f. 230-238).

La parte demandante y el Agente del **Ministerio Público** se abstuvieron de allegar escrito de alegaciones y concepto.

II. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial del 18 de mayo de 2016 (f.179), corresponde al Despacho determinar si existió una relación laboral entre la señora Nubia Edith Peña Amezquita y el Municipio de Otanche durante los períodos para los cuales dice se desempeñó como docente vinculada por medio de contratos de prestación de servicios y establecer si le asiste derecho a que le sean reconocidos los derechos laborales reclamados en la demanda.

TESIS DEL DESPACHO

El Despacho accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, como quiera que se logró probar el desempeño personal de funciones de docente de la accionante al Municipio de Otanche, con una remuneración como contraprestación al mismo, y de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado en la labor docente la subordinación resulta consustancial a su ejercicio, de manera que se encuentran reunidos los elementos de una relación laboral. Sin embargo, se declarará la prosperidad de la excepción de prescripción formulada por la entidad accionada frente a los derechos salariales y prestacionales reclamados, no así respecto a los aportes con destino al sistema de seguridad social en pensiones, como quiera que estos últimos son imprescriptibles.

HECHOS PROBADOS

La demandante Nubia Edith Peña Amezquita suscribió órdenes y contratos de prestación de servicios con el Municipio de Otanche, cuyo objeto fue la prestación de servicios en materia educativa (docente) y recibiendo a cambio una contraprestación económica. Según el clausulado de las órdenes y contratos la accionante desempeñó la labor docente por los siguientes períodos:

- 01/02/91 al 30/11/91 (fol.24)
- 10/02/97 al 30/04/97 (fol.25-26)
- 01/05/97 al 31/07/1997 (fol.27-28)
- 01/08/97 al 30/11/97 (fol.29-30)
- 01/02/98 al 30/04/98 (fol.31-32)

- 01/05/98 al 31/07/98 (fol.33-34)
- 01/08/98 al 31/10/98 (fol.35-36)
- 01/02/99 al 30/04/99 (fol.37-38)
- 01/05/99 al 30/06/99 (fol.39-40, 201-202)
- 01/10/99 al 30/11/99 (fol.41-42)
- 01/02/2000 al 30/11/2000 (fol.43-44)
- 01/02/2001 al 30/04/2001 (fol.45)
- 01/05/2001 al 30/11/2001 (fol.46)
- 01/02/2002 al 30/04/2002 (fol.47)
- 01/05/2002 al 30/11 2002 (fol.49)

El 16 de junio de 2014, la demandante elevó petición ante el Municipio de Otanche solicitando el reconocimiento de una relación laboral para los períodos antes descritos, así como el pago, a título de indemnización, de las prestaciones sociales devengadas por los empleados públicos docentes de planta y las cotizaciones al sistema de Seguridad Social en Pensiones (f. 22-23).

Por medio del Oficio No. SG210.06-28 de 21 de julio de 2014 (acto demandado), la Secretaria de Gobierno del Municipio de Otanche dio respuesta negativa a lo solicitado por la accionante. Consideró el Municipio de Otanche que la vinculación de la docente se dio a través de órdenes de prestación de servicios y, por tanto, no se constituyó una relación laboral que diera lugar al pago de las prestaciones sociales reclamadas. Señaló la administración municipal que en los archivos de la entidad no se encontró planilla o documento alguno que acreditara el pago de aportes a seguridad social (fol.20-21).

Según certificación suscrita por la Tesorera Municipal de Otanche la señora Nubia Edith Peña prestó sus servicios personales al Municipio de Otanche y fue remunerada así (f. 205-217):

- Desde el 01 de febrero al 30 de noviembre de 1992, devengando un "salario básico mensual" de \$80.000.oo.
- Desde el 02 de febrero al 30 de noviembre de 1997, devengando un "salario básico mensual" de \$ 272.025.oo.
- Desde el 01 de febrero al 30 de noviembre de 1998, devengando un "salario básico mensual" de \$280.000.oo.
- Desde el 01 de febrero al 30 de noviembre de 1999, devengando un "salario básico mensual" de \$330.711.oo.
- Desde el 01 de febrero al 30 de noviembre de 2000 devengando un "salario básico mensual" de \$360.000.oo.
- Desde el 01 de febrero al 30 de noviembre de 2001 devengando un "salario básico mensual" de \$390.000.oo.

Desde el 01 de febrero al 30 de noviembre de 2002 devengando un "salario básico mensual" de \$644.792.00.

De acuerdo al contenido de las constancias allegadas, a la demandante le fueron pagados honorarios por la prestación de servicios como docente en el Municipio de Otanche para los meses de:

- Julio a septiembre de 1999 (f. 218-220).
- Abril a octubre de 2000 (f. 221-222).
- Febrero, marzo y julio de 2001 (f. 223-224).
- Febrero, marzo, junio y julio de 2002 (f. 225-226).

DE LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN LABORAL

Los contratos de prestación de servicios son aquellos que celebran las entidades estatales con el objeto de realizar actividades relacionadas con su administración y funcionamiento, que no pueden ejecutarse con personal de planta o requieren conocimientos especializados, cuya duración debe darse por el término estrictamente indispensable, sin que se genere relación laboral y los derechos que emanan de ésta, según lo establece el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 .

Esta figura analizada en concordancia con otras disposiciones legales, encuentra significativas restricciones en lo que tiene que ver con su objeto y denota su carácter excepcional en lo que se refiere a la prestación del servicio por una persona natural. Así: no puede recaer sobre funciones públicas de carácter permanente, pues en caso que exista una necesidad de vincular personal en tales condiciones, debe procederse a la creación de los empleos correspondientes (artículo 7º del Decreto 1950 de 1973); así lo prevé también el artículo 17 Ley 790 de 2002 al señalar que "*La estructura de planta de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas del orden nacional tendrán los cargos necesarios para su funcionamiento. En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos...*".

Tal es la limitante en esta materia, que incluso la celebración de contratos de prestación de servicios "*cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran*

dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales" constituye una falta gravísima, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 48 - 29 de la Ley 734 de 2002 - Código Disciplinario Único.

Ahora bien, el artículo 21 de la Ley 909 de 2004 faculta a las entidades públicas para que de acuerdo con las necesidades del servicio contemplen de manera excepcional en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio, cuya creación debe responder a una de las siguientes condiciones: *"a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración; b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada; c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales; d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución; según el cual, además, "La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales"*.

Significa lo anterior, que cuando la entidad requiera de personal para desarrollar labores de manera transitoria, deberá crear el correspondiente empleo temporal, con los derechos y garantías laborales de los empleos de planta (salarios y prestaciones sociales).

Las anteriores disposiciones pretenden conjurar la desnaturalización del contrato de prestación de servicios como una fórmula de evasión de los derechos y garantías laborales mínimos. Así, a este contrato deberá acudirse de manera excepcional y tratándose de tareas que requieran de una verdadera autonomía del contratista, sin perjuicio de la necesaria coordinación de actividades entre la entidad contratante y el contratista para la ejecución del objeto contractual.

La Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad de algunos apartes del numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se refirió a las características que deben reunir los contratos de prestación de servicios, comparándolas con los elementos configurativos del contrato de trabajo, para concluir que entre las dos figuras se presentan diferencias bien definidas.

En primer lugar, señaló que el contrato de prestación de servicios recae sobre la ejecución de labores relacionadas con *"la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores"*, agregando que el objeto contractual se circunscribe a la *"realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada"*.

Sostuvo que la autonomía e independencia técnica y científica del contratista constituye el elemento esencial de este tipo de contratos, de manera que aquel *"dispone de un amplio margen de discrecionalidad"* con relación *"a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas"*.

A renglón seguido, la Corporación insistió en que *"por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios"*.

En lo concerniente a la vigencia del contrato de prestación de servicios, señaló que ésta debe ser temporal, es decir, que su duración debe limitarse al tiempo indispensable para el cumplimiento del objeto del contrato, resaltando que en el evento que las actividades que se atienden a través de este mecanismo requieran *"una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente"*.

Entre tanto, señaló que el contrato de trabajo se configura ante la existencia de tres elementos: i) la prestación personal del servicio, ii) la continuada subordinación laboral y iii) la remuneración como contraprestación del mismo.

Bajo este contexto, concluyó que el presupuesto diferenciador entre el contrato de prestación de servicios y un contrato de trabajo, es el referente a la subordinación o dependencia, propio de la relación laboral y que se traduce en la actitud asumida por la administración en el sentido 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"*.

En el orden de ideas expuesto, la Corporación fue clara en señalar que cuando se presente una situación que implique subordinación y dependencia en el desarrollo de un contrato de prestación de servicios, así como los demás elementos constitutivos de un contrato de trabajo, habrá que dar plena aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos laborales, proceder al proteger el derecho al trabajo (artículo 25 superior) y, por tanto, al reconocimiento de las garantías laborales que le son propias (artículo 53).

Por su parte, el Consejo de Estado ha fijado los parámetros para que el interesado pueda obtener de la jurisdicción el pago de los derechos laborales causados lugar como consecuencia de una relación laboral subyacente en contratos de prestación de servicios, estos pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- Deben demostrarse los tres elementos que estructuran una relación laboral: la prestación personal del servicio, una remuneración como retribución directa de ésta y la subordinación o dependencia; entendida esta última como la potestad de la administración de impartir órdenes en lo referente al modo, tiempo o cantidad de trabajo, así como la imposición de reglamentos. Igualmente, deberá acreditarse la permanencia, en el entendido que la labor sea inherente a la entidad.

La sola permanencia de la labor *per se* no configura la existencia de la relación laboral, pues para que ésta emerja se requiere indefectiblemente demostrar la subordinación y dependencia del contratista respecto de la entidad contratante.

- La prueba de la subordinación, en la mayoría de los casos, es indiciaria, por lo que resulta acudir a este tipo de prueba indirecta para que se revele la relación laboral.

- Es necesario precisar que la coordinación de actividades entre las partes del contrato de prestación de servicios, que conlleva a que el contratista acate las condiciones necesarias para el desarrollo

eficiente de la actividad encomendada no implica necesariamente la presencia del elemento de subordinación.

- El reconocimiento de la existencia de la relación laboral no otorga al trabajador "contratista", el status de empleado público, dado que para ello se requiere el cumplimiento de los requisitos previstos en la Constitución y la ley para el surgimiento de una vinculación legal y reglamentaria, como son, la elección o nombramiento según el caso y la posesión.

- Por lo anterior, no es posible el restablecimiento del derecho consistente en el reintegro y el pago de los emolumentos dejados de percibir como consecuencia de la condición de empleado público; lo que procede es que a título de reparación del daño, se ordene el reconocimiento de las prestaciones sociales no pagadas al trabajador, cuya liquidación deberá realizarse con base en el valor de los honorarios pactados en el contrato de servicios.

Ahora, en materia de contratos de prestación de servicios para desempeñar cargos públicos docentes, como es el presente caso, debe tenerse en cuenta que de conformidad con las normas que rigen el ejercicio de actividad docente, es claro que además de presentarse los elementos del servicio personal y una remuneración como contraprestación del mismo, los criterios de la subordinación y dependencia se encuentran inmersos en su ejercicio, en tanto implica el sometimiento continuo a las ordenes impuestas por la administración, por varias razones:

(i) El artículo 2º del Decreto Ley 2277 de 1979 define la profesión docente como el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles. Este concepto fue acogido también por el artículo 104 de la Ley General de Educación Ley 115 de 1994, según el cual, el educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos;

(ii) Los docentes están sometidos permanentemente a las directrices emitidas por las autoridades educativas, como son, el Ministerio de Educación y las Secretarías de Educación, igualmente están sometidos a su inspección y vigilancia, y no gozan de autonomía, puesto que, por ejemplo, si requieren ausentarse de su lugar de trabajo deben obtener permiso previo (artículos 106, 153 y 171 de la Ley 115 de 1994 y artículo 10 de la Ley 715 de 2001);

(iii) El Decreto Ley 2277 de 1979, por el cual se adoptaron normas sobre el ejercicio de la profesión docente, en su artículo 44 contempla que los docentes tienen, entre otros, los deberes de desempeñar con solicitud y eficiencia las funciones de su cargo, cumplir las órdenes inherentes a sus cargos que les impartan sus superiores jerárquicos, cumplir la jornada laboral y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias de su cargo;

(iv) El artículo 45 de la Ley 2277 de 1979 prevé que a los docentes les está prohibido abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorización previa;

(v) El artículo 57 del Decreto 1860 de 1994 señalaba que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 115 de 1994, todos los establecimientos educativos estatales y privados tendrían una sola jornada diurna en horario determinado, de acuerdo con las condiciones locales y regionales y con lo dispuesto en ese decreto. Esta disposición fue derogada por el Decreto 1850 del 13 de agosto de 2002 el cual dispuso en su artículo 2º que el horario de la jornada escolar será definido por el rector o director, al comienzo de cada año lectivo, de conformidad con las normas vigentes, el proyecto educativo institucional y el plan de estudios y debe cumplirse durante las cuarenta (40) semanas lectivas establecidas por la Ley 115 de 1994 y fijadas por el calendario académico de la respectiva entidad territorial certificada;

PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES

En materia laboral, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 de su reglamentario 1848 de 1969 establecieron el término de prescripción en tres (3) años para la reclamación de los derechos surgidos de una relación laboral con el Estado, sin perjuicio de normas que regulen la prescripción de ciertos derechos en particular o de régimen especiales. Establece el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969:

"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.

245

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.*"

Conforme a la anterior norma el término prescriptivo comienza desde la exigibilidad de la obligación, que tratándose de los servicios laborales prestados en virtud de una orden o contrato de prestación de servicios, no es otro que el del momento de la terminación del contrato. Si son varios los contratos suscritos entre las misma partes, debe establecerse si entre uno y otro existe solución de continuidad o no. Y para el efecto debe acudir al artículo 45 del Decreto 1042 de 1978, que en su último inciso señala *"Se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles"*.

La anterior es la posesión dominante actual del Consejo de Estado y al respecto, entre otras providencias, se citan las siguientes:

Providencia del Consejo de Estado Subsección A de la Sección Segunda del 13 de febrero de 2014, Rad interno No. 1807:

"El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 dispone que las acciones que emanen de los derechos allí consagrados prescribirán en tres (3) años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y que el simple reclamo escrito a la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción por un lapso igual. En otros términos, para que el fenómeno de la prescripción surta efectos, es indispensable que la exigibilidad de los derechos, objeto de la controversia, sea evidente. En asuntos como el presente, en los cuales se reclaman derechos de carácter laboral, por considerar que la figura del contrato de prestación de servicios no era la vía adecuada, sino que con ella se disfrazó una relación laboral, la exigibilidad de los mismos sólo aparece a partir de la sentencia que así lo declara. Antes no obra con claridad dicho elemento (exigibilidad), motivo por el cual no es viable en la sentencia declarar prescripción de los derechos, siempre y cuando el interesado haya reclamado ante la administración dentro de los 3 años siguientes a la terminación del contrato de prestación de servicios suscrito de conformidad con lo establecido en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969".

Providencia del Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A, de fecha 9 de abril de 2014 rad 013113:

"...La Sala debe precisar que si bien la anterior es la tesis que se aplica en la actualidad y, en efecto, se reitera que el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia

*de la relación laboral; también lo es que el particular debe reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de su 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...***(Negrilla del Despacho).

El Despacho acoge la tesis del Consejo de Estado¹ conforme a la cual la solicitud de reconocimiento de los derechos laborales surgidos con ocasión de un contrato que en virtud de la primacía de la realidad encubría una relación laboral, debe efectuarse dentro de los tres (3) años siguientes a la terminación del vínculo contractual.

Imprescriptibilidad de los derechos pensionales

Acerca de la imprescriptibilidad de los derechos pensionales la Corte Constitucional ha señalado:

"Para la Corte, el carácter imprescriptible del derecho a la pensión se deriva directamente de principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir a la sociedad, y además, se constituye en un instrumento para la especial protección que el Estado debe a las personas que por su edad, condiciones de salud y ausencia de alguna fuente de sustento, tienen mayor dificultad para subsistir, y de esta manera asegurar el mantenimiento de unas condiciones de vida digna. En este sentido, la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia C-198 de 1999 concluyó que la ley no puede consagrar la prescripción del derecho a la pensión como tal, aunque sí puede establecer un término temporal para la reclamación de las distintas mesadas, es decir, solo se podrá consagrar la prescripción extintiva de derechos patrimoniales que surgen del ejercicio de un derecho constitucional, cuando dicho término sea proporcionado y no afecte el contenido esencial mismo.

En decir, la jurisprudencia de la Corte tiene sentada la proposición según la cual, el derecho a la pensión es imprescriptible, mientras que las mesadas pensionales pueden extinguirse si no son reclamadas en los plazos señalados por la ley. De manera que el afectado tiene derecho a reclamar lo debido en cualquier tiempo, puesto que los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos por simples decisiones de las instituciones administradoras de pensiones, derechos que por lo demás son irrenunciables e imprescriptibles"².

¹ La más reciente providencia en que se adopta este criterio fue proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia de 16 de junio de 2016, radicado no. 08001233100020030224901 (131715). C. P. Luis Rafael Vergara.

²T-217 de 2013

246

Los aportes a seguridad social en pensiones tienen una relación necesaria con el derecho a la pensión, en cuanto, éste depende del pago de los aportes.

Así lo señaló el H. Consejo de Estado en un caso como el presente:

"En esas condiciones, es claro que la providencia 25 de agosto de 2014 del Tribunal Administrativo de Boyacá sí tuvo en cuenta el precedente fijado por la Sección Segunda del Consejo de Estado frente al tema de la prescripción de derechos derivados de los denominados contratos realidad, pues advirtió que, según ese precedente, los derechos asociados al contrato realidad prescriben si no son reclamados en los tres años siguientes a la finalización del vínculo contractual.

No obstante, de manera razonada, el tribunal explicó que ese precedente no tenía efectos frente a los aportes pensionales, por cuanto, de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política, se trata de un beneficio imprescriptible e irrenunciable, tal y como lo han dicho la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. En otras palabras, el tribunal reconoció el carácter imprescriptible de los aportes pensiones, dada la relación directa que tienen con el derecho pensional, que es irrenunciable e imprescriptible.

En ese sentido, el Consejo de Estado ha determinado que si el derecho pensional, no se extingue o prescribe, tampoco pueden prescribir los factores que integran ese derecho, esto es, los aportes pensionales, pues, en todo caso, lo accesorio (aportes pensionales) sigue la suerte de lo principal (derecho pensional). En palabras de esa autoridad judicial: "si el derecho pensional no se extingue, tampoco puede aplicarse el fenómeno prescriptivo a los factores que constituyen parte integrante del derecho. Conocido es el aforismo de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal"

(Subraya fuera de texto).

CASO CONCRETO

Prescripción de algunos derechos

La demandante Nubia Edith Peña Amezquita solicitó la declaratoria de nulidad del oficio SG210.06-28 del 21 de julio de 2014, por el cual el Municipio de Otanche negó el reconocimiento y pago de los supuestos derechos laborales causados a favor de la docente en el tiempo que estuvo vinculada a la administración municipal mediante órdenes y contratos de prestación de servicios.

Conforme a lo atrás señalado, sea lo primero establecer si los derechos laborales y patrimoniales que la demandante reclama se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción.

Para el efecto, debe analizarse la continuidad en la suscripción y ejecución de los contratos de prestación de servicios profesionales

suscritos entre la demandante Nubia Edith Peña Amezquita y el Municipio de Otanche.

Como atrás se señaló, las partes de este proceso celebraron las siguientes órdenes y contratos de prestación de servicio para el ejercicio de la labor docente por parte de la acá demandante: 01/02/91 al 30/11/91 (fol.24), 10/02/97 al 30/04/97 (fol.25-26), 01/05/97 al 31/07/1997 (fol.27-28), 01/08/97 al 30/11/97 (fol.29-30), 01/02/98 al 30/04/98 (fol.31-32), 01/05/98 al 31/07/98 (fol.33-34), 01/08/98 al 31/10/98 (fol.35-36), 01/02/99 al 30/04/99 (fol.37-38), 01/05/99 al 30/06/99 (fol.39-40, 201-202), 01/10/99 al 30/11/99 (fol.41-42), 01/02/2000 al 30/11/2000 (fol.43-44), 01/02/2001 al 30/04/2001 (fol.45), 01/05/2001 al 30/11/2001 (fol.46), 01/02/2002 al 30/04/2002 (fol.47), 01/05/2002 al 30/11 2002 (fol.49).

Advierte el Despacho:

i) La prescripción de los derechos laborales que pudieron causarse por la prestación de servicios docentes en virtud de la orden de prestación que tuvo vigencia del 1 de febrero al 30 de noviembre de 1991, debe contarse de manera independiente respecto de los demás contratos suscritos, como quiera que el siguiente celebrado data el año 1997, transcurriendo 6 años entre uno y otro.

ii) La prescripción de los derechos laborales que pudieron causarse por los contratos suscritos entre el 10 de febrero de 1997 al 1 de mayo de 2002, se contará desde que finalizó el último de estos: 30 de noviembre de 2002. Lo anterior, como quiera que si bien entre alguno de estos contratos transcurrieron más de 15 días (operando la solución de continuidad de la norma atrás referida), en casos como el presente, de prestación de servicios docente, se ha considerado que existen otros hechos indicadores de la prestación permanente del servicio y de la ausencia de intención de finiquitar la relación laboral. Y es así que el Despacho advierte que en el presente caso la mayoría de las interrupciones por término mayor a 15 días obedecen a los períodos de vacaciones en los establecimientos educativos o a terminación del año lectivo. Así las cosas, acudiendo al principio de primacía de la realidad puede afirmarse que de existir una relación laboral entre las partes del proceso, ésta fue una sola del 10 de febrero de 1997 al 30 de noviembre de 2002.

iii) Como punto de partida del conteo del término prescriptivo, se encuentra probado que la demandante solicitó al Alcalde del Municipio de Otanche, mediante escrito radicado el 16 de junio de

247

2014 (fol.22), el reconocimiento, liquidación y pago de los derechos salariales y prestacionales causados con ocasión de la supuesta relación de trabajo que se configuró por la prestación de sus servicios como docente en virtud de las órdenes y contratos de prestación de servicios pluricitados.

De acuerdo con las anteriores premisas resulta entonces probada la prescripción trienal de los derechos laborales que pudieron configurarse en los contratos de prestación de servicios suscritos y ejecutados entre el 1 de febrero y el 30 de noviembre de 1991 y el 10 de febrero de 1997 y el 30 de noviembre de 2002.

Así las cosas, el Despacho deberá declarar la prescripción de los derechos laborales causados en vigencia de los contratos de prestación de servicios celebrados y ejecutados por la demandante Nubia Edith Peña Amezquita y el Municipio de Otanche del 1 de febrero al 30 de noviembre de 1991 y del 10 de febrero de 1997 al 30 de noviembre de 2002. Prescripción que comprende los emolumentos y prestaciones sociales que eventualmente le hubieran correspondido a la demandante a título de indemnización por concepto de la prestación de servicios como docente del ente territorial.

Resultaría entonces innecesario referirse a la configuración de la relación laboral que alega la parte demandante en el período que se declarará prescrito, sin embargo, el análisis de la configuración de los elementos propios de la relación laboral para los contratos celebrados en ese tiempo es necesario para efectos pensionales.

Procede entonces el Despacho a establecer la existencia de una verdadera relación laboral subyacente a los contratos de prestación de servicios suscritos entre la demandante y el Municipio de Otanche.

Pues bien, los contratos y órdenes de prestación de servicios obrantes en el expediente y las certificaciones emitidas por el Secretario de Gobierno y/o Tesorería Municipal, permiten concluir que la demandante prestó sus servicios de manera personal al ente territorial, como docente en diferentes instituciones educativas del Municipio de Otanche (Escuela Rural Municipal El Oasis, Escuela Rural de San José de Nazareth, Colegio Básico de San José de Nazaret, Escuela Rural Buenavista) en horario de lunes a viernes, de conformidad con los currículos trazados, durante los siguientes

periodos, y que evidencian la permanencia en el servicio por aproximadamente siete (6) años:

- 01/02/91 al 30/11/91
- 10/02/97 al 30/04/97
- 01/05/97 al 31/07/1997
- 01/08/97 al 30/11/97
- 01/02/98 al 30/04/98
- 01/05/98 al 31/07/98
- 01/08/98 al 31/10/98
- 01/02/99 al 30/04/99 (fol.37-38)
- 01/05/99 al 30/06/99 (fol.39-40, 201-202)
- 01/10/99 al 30/11/99 (fol.41-42)
- 01/02/2000 al 30/11/2000 (fol.43-44)
- 01/02/2001 al 30/04/2001 (fol.45)
- 01/05/2001 al 30/11/2001 (fol.46)
- 01/02/2002 al 30/04/2002 (fol.47)
- 01/05/2002 al 30/11 2002 (fol.49)

De conformidad con el marco jurídico expuesto, tales labores fueron desarrolladas bajo la subordinación y dependencia de la entidad contratante, pues estas características son propias de la labor docente, habida cuenta que las normas que regulan esta actividad evidencian la falta de independencia y autonomía de la docente, quien debe cumplir horarios, reglamentos, currículos y directrices de sus superiores jerárquicos verbi gratia, rectores, coordinadores de disciplina y coordinadores académicos.

Así mismo, los docentes están sometidos permanentemente a las directrices emitidas por las autoridades educativas, como son, el Ministerio de Educación y las Secretarías de Educación, igualmente están sometidos a su inspección y vigilancia.

Los deberes de los docentes se reducen a desempeñar con solicitud y eficiencia las funciones de su cargo, cumplir las órdenes inherentes a sus cargos que les impartan sus superiores jerárquicos, cumplir la jornada laboral y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias de su cargo; les está prohibido abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorización previa.

Los contratos de prestación de servicios suscritos por las partes de este proceso, atrás relacionados, fueron celebrados en consideración a que dentro de la planta de personal del municipio, no existía personal idóneo y de tiempo completo para desarrollar

Los contratos de prestación de servicios suscritos por las partes de este proceso, atrás relacionados, fueron celebrados en consideración a que dentro de la planta de personal del municipio, no existía personal idóneo y de tiempo completo para desarrollar las actividades de docente en diferentes escuelas de la jurisdicción del municipio, sin que pudiera suspenderse la prestación del servicio de educación, lo que quiere decir que la labor contratada requería dedicación absoluta y disposición de tiempo completo, de conformidad con los horarios establecidos por cada uno de los establecimientos educativos.

Concluyendo, las características del objeto contractual, no permitían autonomía e independencia para la contratista, pues no puede pensarse que la labor docente pueda dejarse a la discrecionalidad de quien la realiza.

Al respecto el Consejo de Estado, en un caso de similares contornos al presente consideró:

"En el presente caso, no encuentra la Sala demostrada diferencia alguna entre la llamada vinculación contractual de la actora, y la actividad desplegada por los docentes empleados públicos del Municipio teniendo en cuenta que la demandante laboraba en los mismos establecimientos educativos del ente territorial, desarrollaba la misma actividad material, según la lectura de las documentales, tales como los contratos y la certificación. Esto permite concluir que sus labores fueron desempeñadas de manera personal y subordinada.

...

Así las cosas, observa Sala, que la demandante se encontraba en la misma situación de hecho predicable de los educadores incorporados a la planta de personal de la entidad territorial. Sin duda alguna el servicio no se regulaba por órdenes de prestación de servicios sino que, conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, existía una relación laboral, que impone la especial protección del Estado en igualdad de condiciones a la de los docentes de planta, según los artículos 13 y 25 de la Constitución Política."

En el orden de ideas expuesto, resulta claro que en el presente caso los contratos de prestación de servicios suscritos entre la demandante Nubia Edith Peña Amezquita y el Municipio de Otanche, para el desarrollo de la labor docente, quedan desvirtuados al hallarse subyacente en su desarrollo una verdadera relación laboral, por configurarse los elementos propios de ésta: la prestación personal del servicio de manera permanente, la remuneración del servicio y la subordinación y dependencia en el cumplimiento de la actividad, todo, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades (artículo 53 Superior).

Efectos pensionales de la relación laboral

El Despacho decreto prueba a fin de establecer si se realizaron aportes con destino a seguridad social en el los periodos que la accionante prestó sus servicios al municipio. El Secretario de Gobierno del municipio y la Tesorería informaron que en los archivos solo obran reportes de los pagos cancelados a la accionante a título de honorarios y "salario básico".

Así, no se acreditó el pago de los aportes con destino al sistema de seguridad social en pensiones, aportes que como se señaló son imprescriptibles, en cuanto, de éstos depende el derecho pensional de la accionante.

Por tanto, se ordenará al Municipio de Otanche consigne en el fondo de pensiones al cual está afiliada la demandante, el valor de la cotización que le correspondía como empleador sobre el valor total mensual que se pactaba en cada contrato y con el porcentaje indicado por la Ley 100 de 1993. El porcentaje de cotización que conforme a la ley le corresponde al empleado, será compensado con lo ya consignado por la demandante como contratista independiente, y en todo caso, el tiempo efectivamente laborado se computará para efectos pensionales.

En cuanto a la pretensión relativa a reintegrar los dineros que hubiesen sido descontados por retención en la fuente, adviértase que a pesar que la actora logró probar la relación laboral subyacente en los contratos de prestación de servicios suscritos con la demandada, no por esta razón adquiere la condición de servidora pública, como atrás se explicó atrás, por ello, mediante este proceso, no puede el Despacho desconocer las normas tributarias que regían para la fecha y que en fueron el sustentó para la retención en la fuente aplicada a los contratos suscritos, de manera que cualquier discusión sobre esta retención debe darse con la participación de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN-, que no fue vinculada en el sub examine.

De las costas

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, ante la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda, se requiere fundamentar la imposición de costas, por lo que el Despacho precisa que están debidamente acreditadas en el proceso con los gastos ordinarios del proceso en que incurrió la demandante (gastos de notificación) y adicionalmente, fue necesario contratar los servicios de un

profesional del derecho para que lo representara en el trámite del presente proceso, generándose así las respectivas agencias en derecho.

Así las cosas, se condenará en costas y agencias en derecho a la parte vencida, tal como lo ordena el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, las cuales serán liquidadas por Secretaría de conformidad con el artículo 366 del CGP.

En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, fíjese como agencias en derecho la suma del 1% del valor de las pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

PRIMERO: Declarar probada la excepción de prescripción de las pretensiones de reconocimiento y pago de prestaciones salariales y sociales solicitadas en la demanda correspondiente a los contratos de prestación de servicios celebrados y ejecutados entre el 1 de febrero y el 30 de noviembre de 2011 y del 10 de febrero de 1997 al 30 de noviembre de 2002.

SEGUNDO: Declarar la nulidad parcial del Oficio No. SG210.06-28 del 21 de julio de 2014, suscrito por el Secretario de Gobierno del Municipio de Otanche.

TERCERO: Declarar que entre el Municipio de Otanche y la señora Nubia Edith Peña Amezcuita existió una relación laboral dentro del lapso comprendido entre el 01/02/91 al 30/11/91, del 10/02/97 al 30/04/97, del 01/05/97 al 31/07/1997, del 01/08/97 al 30/11/97, del 01/02/98 al 30/04/98, del 01/05/98 al 31/07/98, del 01/08/98 al 31/10/98, del 01/02/99 al 30/04/99, del 01/05/99 al 30/06/99, del 01/10/99 al 30/11/99, del 01/02/2000 al 30/11/2000, del 01/02/2001 al 30/04/2001, del 01/05/2001 al 30/11/2001, del 01/02/2002 al 30/04/2002, del 01/05/2002 al 30/11 2002.

CUARTO: A título de reparación del daño **ORDENAR** al Municipio de Otanche a liquidar y girar al fondo de pensiones al cual está afiliada la demandante, el valor de la cotización que le correspondía como empleador sobre el valor total mensual que se pactaba en cada contrato y con el porcentaje indicado por la Ley 100 de 1993, causadas en los contratos ejecutados del 1 de febrero de 1991 al 30 de noviembre de 1991 y del 10 de febrero de 1997 al 30 de noviembre de 2002.

QUINTO: Condénese en costas a la parte demandada de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Liquidense por Secretaría y sígase el trámite que corresponda.

SEXTO: En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, fíjese a cargo de la parte vencida como agencias en derecho la suma del 1% del valor de las pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: Denegar las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: En firme esta providencia **para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA;** realizado lo anterior y previamente las anotaciones y constancias de rigor.

NOVENO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), Archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

DÉCIMO: NOTIFÍQUESE por Secretaría del contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del CPACA a las partes y al Ministerio Público.


LAURA PATRICIA ALBA CALIXTO
Juez