



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, doce (12) de marzo de dos mil quince (2015)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 036

TEMAS: RELACIÓN LABORAL COMO REALIDAD – PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LA FORMALIDAD – VINCULACIÓN DE DOCENTES A TRAVÉS DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES

INSTANCIA: SEGUNDA

Decide la Sala, la apelación interpuesta por la parte demandada en oposición a la sentencia del 29 de septiembre de 2014, proferida por el JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO - SUCRE, en el proceso que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instauró LILIBET OROZCO AGUAS en contra del MUNICIPIO DE SINCELEJO.

1. ANTECEDENTES:

1.1. LO QUE SE DEMANDA:

Pretende la parte demandante lo siguiente¹:

¹ Fol. 1 y 2 C.1.



1.1.1. Declarar que es nulo el acto administrativo de contenido particular y concreto N° 1.8.634.06.2012 del quince (15) de junio de 2012, notificado el día veintiuno (21) del mismo mes y año, firmado por el SECRETARIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA DEL MUNICIPIO DE SINCELEJO (SUCRE), mediante el cual se negó el reconocimiento de existencia de relación laboral establecida entre el municipio de Sincelejo (Sucre) y LILIBET OROZCO AGUAS, al igual que las sumas de dinero por concepto de prima de alimentación, prima de servicios, cesantías e intereses de cesantías, horas extras, subsidio familiar, vacaciones, auxilio de transporte, dotaciones de calzado y vestido de labor, aportes con destino al sistema de seguridad social integral, intereses moratorios, indemnizaciones, reintegro de retención en la fuente, entre otros derechos solicitados en el derecho de petición radicado ante la entidad convocada el día treinta (30) de mayo de 2012.

1.1.2. Declarar que es nulo el acto administrativo de contenido particular y concreto No 1726 del diecisiete (17) de agosto de 2012, notificado personalmente el día veinticuatro (24) de agosto de 2012, firmado por el ALCALDE del MUNICIPIO DE SINCELEJO (SUCRE), mediante el cual confirmó en su totalidad al acto administrativo No 1.8.634.06 – 2012 del quince (15) de junio de 2012, al resolver el recurso de apelación que contra el mismo se interpuso oportunamente.

1.1.3. Como consecuencia de lo anterior, se declare que entre el MUNICIPIO DE SINCELEJO (SUCRE) y LILIBET OROZCO AGUAS, existió una relación laboral, desde el quince (15) de abril de 2001 hasta el doce (12) de abril de 2004.

1.1.4. Se condene al MUNICIPIO DE SINCELEJO (SUCRE), que a título de indemnización y/o restablecimiento del derecho, reconozca y pague a favor de LILIBET OROZCO AGUAS, las sumas de dinero por concepto de cesantías, intereses de cesantías, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, aportes en salud, aportes en pensión y demás emolumentos dejados de percibir



desde el día quince (15) de abril de 2001 hasta el doce (12) de abril de 2004, periodo en el que la demandante estuvo formalmente vinculada con el ente demandado mediante órdenes de prestación de servicios.

1.1.5. Se condene al MUNICIPIO DE SINCELEJO (SUCRE), a liquidar y pagar a favor de LILIBET OROZCO AGUAS y con destino al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, los aportes causados desde el quince (15) de abril de 2001 hasta el doce (12) de abril de 2004, periodo durante el cual estuvo formalmente vinculado con el municipio demandado mediante órdenes de prestación de servicios.

1.1.6. Se condene al MUNICIPIO DE SINCELEJO (SUCRE), reintegrar a favor de LILIBET OROZCO AGUAS, las sumas de dinero que por concepto de retención en la fuente, fueron descontados.

1.1.7. Condenar a la entidad demandada al pago de agencias en derecho.

1.1.8. Que las sumas que resulten a favor de LILIBET OROZCO AGUAS, sean actualizadas aplicando las técnicas actuariales del IPC, más los respectivos intereses moratorios.

1.1.9. Se ordene a la entidad demandada que le dé cumplimiento a la sentencia que a favor se profiera, en los términos consagrados en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A.).

1.2. LOS HECHOS EN QUE SE FUNDA:

La accionante fundamenta las anteriores pretensiones, en los hechos que a continuación el Tribunal procede a resumir:

Manifiesta que, en razón a su condición de docente, fue vinculada laboralmente al



municipio de Sincelejo (Sucre), mediante sucesivas órdenes de prestación de servicios, a partir del día 15 de abril del año 2001 hasta el 12 de abril del año 2004, en los siguientes periodos e instituciones:

- Orden de Prestación de Servicios (O.P.S.), expedida por la alcaldía municipal de Sincelejo, como Docente de la ESCUELA NORMAL SUPERIOR DE SINCELEJO (SUCRE), desde el 15 de abril hasta el 30 de noviembre de 2001 y desde el 1 de febrero hasta el 30 de noviembre de 2002.
- Orden de Prestación de Servicios (O.P.S.), expedida por la alcaldía municipal de Sincelejo, como Docente de la Institución Educativa Nueva Esperanza de Sincelejo, desde el 1 de febrero hasta el 30 de noviembre de 2003 y desde el 1 de febrero hasta el 12 de abril de 2004.

Aduce que, posteriormente fue nombrada en provisionalidad en los cargos de docente de la planta de personal del municipio de Sincelejo (Sucre), a través de los Decretos No 125 del 1 de abril de 2004 y 499 del 25 de abril de 2005.

Expone que, según los listados de nóminas, la remuneración mensual que recibía, como contraprestación de su labor docente en cumplimiento de las órdenes de prestación de servicios, en los periodos descritos en el hecho anterior, eran los siguientes:

- Desde el 15 de abril de 2001, hasta el 30 de noviembre del mismo año, devengó la suma de QUINIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL VEINTINUEVE PESOS (\$597.029.00) mensuales.
- Desde el 1 de febrero de 2002, hasta el 30 de noviembre del mismo año, devengó la suma de SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL PESOS (\$683.000.00) mensuales.
- Desde el 1 de febrero de 2003, hasta el 30 de noviembre del mismo año, devengó la suma de SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL PESOS



(\$683.000.00).

- o Desde el 1 de febrero de 2004, hasta el 12 de abril del mismo año, devengó la suma de SETECIENTOS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS (\$700.641.00).

Indica que, durante los periodos en mención, desempeñó las funciones que le fueron asignadas, siempre bajo las órdenes de directivos docentes de las instituciones educativas para la cual trabajaba, en idéntico calendario y horario laboral que los demás servidores públicos que laboraban en la misma actividad y establecimientos educativos y en general en todo el municipio de Sincelejo (Sucre).

Señala que, desde la vinculación formal como “contratista” de prestación de servicios con el municipio de Sincelejo, hasta que terminó este tipo de vinculación, dicha prestación se dio prácticamente sin solución de continuidad, pues entre uno y otro contrato el máximo interregno que medió fue de dos (2) meses.

Refiere que, durante el periodo de prestación de servicios, la entidad demandada no le canceló el mínimo de los derechos prestacionales que legalmente le asiste a todo docente vinculado a través de relación legal y reglamentaria, tales como las cesantías, intereses de cesantías, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, aportes en pensión.

Esboza que, a través de petición elevada ante el alcalde municipal de Sincelejo (Sucre), el día 30 de mayo de 2012, solicitó reconocer la existencia de la relación laboral materializada durante el periodo referido, y consistente en realizar las mismas funciones del cargo de docente al servicio de las instituciones educativas mencionadas, bajo la modalidad de contratos u órdenes de prestación de servicios. Igualmente, se solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de las sumas de dinero adeudadas por concepto de prestaciones sociales y demás emolumentos



que debió percibir durante el tiempo de la existencia de la mencionada relación laboral, la cual fue resuelta negativamente mediante el acto administrativo de contenido particular y concreto No 1.8.634.06.2012 del 15 de junio de 2012, notificado el día 21 del mismo mes y año, firmado por el SECRETARIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA DEL MUNICIPIO DE SINCELEJO (SUCRE).

Menciona que, contra el acto administrativo anterior, oportunamente interpuso el recurso de apelación, el cual fue resuelto mediante acto administrativo No 1726 del 17 de agosto de 2012, firmado por el ALCALDE DEL MUNICIPIO DE SINCELEJO (SUCRE), a través del cual, decidió confirmar la totalidad del acto administrativo No 1.8.634.06.2012 del 15 de junio de 2012.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Señaló como normas violadas las siguientes: Preámbulo, artículos 1, 2, 3, 4, 6, 13, 25, 53, 58, 151, 228, 288, 356, 357, 365 y 366 de la Constitución Política de 1991, entre otras normas de orden legal.

En cuanto al concepto de violación, manifestó que son evidentes los vicios contenidos en los actos administrativos demandados, al considerar que la demandante no tenía derecho a percibir prestaciones sociales, pues desconoce la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional colombiana sobre el contrato realidad.

Indicó que, en este caso concreto, los hechos y pretensiones de la demanda, al ser comparados con los hechos que fundamentaron las decisiones del Consejo de Estado, referentes a docentes y la figura del contrato realidad, se hace obligatorio para el juez tenerlas en cuenta y darles aplicación como criterio jurídico para resolver el asunto planteado.

Afirma que, la relación que mantuvo la demandada con la Administración



Municipal de Sincelejo (Sucre), durante el periodo referido anteriormente, fue denominada “orden de prestación de servicios”; “contrato de prestación de servicios”, por lo cual no le fueron reconocidas ni pagadas prestaciones sociales, sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional ha establecido que de desvirtuarse los elementos del contrato de prestación de servicios o darse los elementos de la relación laboral, habrá lugar al reclamo de cada una de ellas, sin lugar a aplicar la prescripción trienal.

Por último esgrimió que, como se dejó establecido en las peticiones que motivaron las decisiones que han generado la presente controversia, la Administración Municipal de Sincelejo, desconoció el precedente judicial, al disfrazar una autentica relación laboral mediante la figura de los contratos de prestación de servicios, violando de este modo todas las normas de orden constitucional citadas en el acápite de normas violadas.

1.4. ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 21 de enero de 2013 (fol. 11 y 49 C. Principal).
- Admisión de la demanda: 31 de enero de 2013 (fol. 51 C. Principal).
- Notificaciones: 13 de febrero de 2013 (Fol. 56 a 58 C. Principal).
- Contestación a la demanda: 1 de abril de 2013 (Fol. 69 a 72 C. Principal)
- Sentencia de primera instancia: 29 de septiembre de 2014 (fol. 215 a 228 C. Principal).
- Recurso de Apelación: 2 de octubre de 2014 (Fol. 238 a 239 C. Principal).



- Audiencia de conciliación y concesión del recurso de apelación: 10 de diciembre de 2014 (Fol. 251 a 252 C. Principal).
- Auto que admite el recurso de apelación: 20 de enero de 2015 (Fol. 3 Cuaderno de Apelación).
- Auto que ordena traslado para alegatos de cierre: 28 de enero de 2015 (Fol. 12 Cuaderno de Apelación).

1.4.1. RESPUESTA A LA DEMANDA:

La entidad demandada, en término oportuno, dio respuesta a la demanda manifestando que los actos administrativos acusados deben ser mantenidos en firme, por lo consagrado en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, por lo que manifiesta que esta clase de vinculación contractual no genera relación laboral ni obligaciones prestacionales, lo cual de suyo, prohíbe pactar su reconocimiento y pago.

Argumenta que, partiendo del imperativo legal ya señalado, según el cual esta relación contractual no es de naturaleza laboral las órdenes de prestación de servicios representa una forma de contratación de carácter excepcional que corresponde a un servicio prestado para suplir cargas de trabajo que no pueden ser realizadas por el personal de planta, para el cumplimiento de proyectos especiales o solución de contingencia.

Luego de hacer un pronunciamiento pormenorizado de los hechos de la demanda, propuso como medio exceptivo el que denominó, inexistencia de ilegalidad o carencia de vicios en el acto administrativo acusado, arguyendo que es evidente que las argumentaciones con la que se pretende demostrar la existencia de vicios en el acto administrativo acusado son apreciaciones de orden personal del apoderado y de naturaleza subjetiva que nada indica en cuanto pudo errarse en el nacimiento y creación del acto acusado, pues él supone un total amparo legal y jurídico, es decir se ajusta a la Constitución y a la Ley.



1.5. LA PROVIDENCIA RECURRIDA:

La Juez de primera instancia luego de estudiar los temas concernientes al contrato de prestación de servicios y la configuración del contrato realidad en el sector público, determinó que en el caso concreto, el supuesto fáctico probado lleva a concluir que estamos en presencia de una verdadera relación laboral subordinada, con presencia de los criterios de continuidad y permanencia establecidos por la Corte Constitucional, disfrazada bajo el ropaje de contratos de prestación de servicios y/o órdenes laborales, razón por la cual en aplicación de los postulados fundamentales establecidos en los artículos 25 y 53 de la Constitución Política, citados como normas violadas, dispuso la declaratoria de nulidad de los actos administrativos Nro. 1.8.634.06.2012 del 15 de junio de 2012 y Nro. 1726 del 17 de agosto de 2012, mediante los cuales se denegó el reconocimiento de las prestaciones sociales a la accionante en virtud de su labor como docente en el Municipio de Sincelejo – Sucre.

Por último esgrimió que, en consideración a la solicitud de condenar al municipio de la Sincelejo - Sucre al reintegro de las sumas de dinero por retención en la fuente que se le realizaba al accionante, no están llamadas a prosperar por cuanto dentro de las probanzas del proceso, no hay documentación que acredite que al demandante en el momento de realizarse los pagos se le hacía retención en la fuente, así como tampoco que cumpliera horas extras. Ahora bien, en cuanto a la solicitud de reconocimiento de los intereses moratorios por el no pago de sus cesantías definitivas al momento de la terminación de su relación laboral e indemnizaciones, es claro que no está llamada a prosperar por cuanto al accionante primero se le debe reconocer el derecho, para poder llegar a solicitar dicha indemnización, y con el presente tramite se busca reconocer que entre el accionante y la entidad accionada existía una verdadera relación laboral y no contratación de prestación de servicios.



1.6. LA APELACIÓN

La entidad demandada presentó recurso de apelación contra la sentencia que dispuso acceder a las pretensiones, replicando los argumentos contenidos en la contestación de la demanda, agregando que la Ley 115 de 1994, establece que solo son considerados empleados públicos en calidad de docentes los que se vinculen a través de nombramiento y su posterior posesión, situación que no acontece con la demandante, que prestó sus servicios al municipio de Sincelejo, en calidad de contratista por medio del contrato de prestación de servicios profesionales contenido en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, por lo tanto no genera relación laboral alguna ni prestaciones sociales.

1.7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA:

1.7.1. PARTE DEMANDANTE: El extremo activo no hizo uso de esta oportunidad procesal.

1.7.2. PARTE DEMANDADA (fol. 19 a 20 C. de Apelación): El ente territorial encartado, reiteró íntegramente el contenido del recurso de apelación.

1.7.3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Dentro del término concedido para el efecto, no emitió concepto alguno.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A., en Segunda Instancia.

Se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto.



2.1. PROBLEMA JURÍDICO.

Con fundamento en los anteriores planteamientos de las partes y la argumentación del demandado apelante, entra la Sala a dilucidar el siguiente problema jurídico:

¿Puede un municipio vincular como docente a una persona a través de contrato de prestación de servicios, o por el contrario, de hacerlo, está vulnerando al vinculado los derechos laborales, propios de una relación laboral pública?

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, la Sala abordará los siguientes temas: **i)** El principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales públicas, y **ii)** El caso concreto.

2.2. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN LAS RELACIONES LABORALES PÚBLICAS:

El tema en debate, no ha sido pacífico al interior de la jurisprudencia del CONSEJO DE ESTADO, partiendo de la base que en múltiples ocasiones la administración contrata a su personal a través del contrato estatal de prestación de servicios profesionales, para lo que efectivamente se encontraba facultado de acuerdo con el Decreto 222 de 1983 “*Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones*” y posteriormente conforme el artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993, **pero resulta innegable que igualmente el artículo 53 de la C.P., consagra como principios en toda relación laboral el de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales y el de primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.**

Así pues, encontramos como la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del CONSEJO DE ESTADO, a través de la providencia radicada IJ0039 de 2003, dio prevalencia a la norma de la contratación estatal. En los apartes más importantes de



esta providencia, dijo el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa:

“En el aparte transcrito la norma señala el propósito de dicho vínculo contractual, cual es el de que se ejecuten actos que tengan conexión con la actividad que cumple la entidad administrativa; además, que dicha relación jurídica se establezca con personas naturales, bien sea cuando lo contratado no pueda realizarse con personal de planta, lo que a juicio de la Sala acontece, por ejemplo, cuando el número de empleados no sea suficiente para ello; bien sea cuando la actividad por desarrollarse requiera de conocimientos especializados.

Resulta, por consiguiente, inadmisibile la tesis según la cual tal vínculo contractual sea contrario al orden legal, pues como se ha visto, éste lo autoriza de manera expresa.”²

No obstante la anterior posición se tornó en una decisión aislada, dado que con posterioridad y de manera reiterada, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso del Consejo de Estado, retomó su postura inicial, la cual se resume que de existir una prestación personal de un servicio, una remuneración y la subordinación o dependencia, existe una verdadera relación de trabajo, por lo que da prevalencia a los principios constitucionales ya mencionados. Sobre este punto, esta Judicatura trae a colación, la siguiente providencia, la que por su riqueza conceptual se transcribe *in extenso*:

“2.1 El contrato de prestación de servicios y la teoría de la relación laboral. La Constitución Política de 1991, contempló en el Capítulo II, de la función pública, lo siguiente:

“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (Inc. 1º)... ”

“Art. 125 Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (...).”

De acuerdo con las citadas normas, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación

² CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: NICOLÁS PAJARO PEÑARANDA. Sentencia del 18 de noviembre de 2003. Radicación número: 17001-23-31-000-1999-0039-01(IJ). Actor: MARÍA ZULAY RAMÍREZ OROZCO. Demandado: DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL.



contractual estatal).

Si en el caso de los contratos de prestación de servicios se llegan a desdibujar sus elementos esenciales, corresponderá decidir, ya sea a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público.

Respecto a la carga probatoria que tiene quien pretenda obtener a su favor los beneficios del contrato de trabajo, vale la pena, traer a colación las orientaciones señaladas por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 1º de junio de 2004, con radicación 21554:

“Es verdad que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la presunción de que toda relación de trabajo personal se entiende regida por un contrato de trabajo, frente a la cual la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sido del criterio de que quien la alegue en su favor tiene que demostrar la prestación personal del servicio para entenderse cobijada por ella, mientras que al beneficiario de dicha prestación es a quien le corresponde desvirtuar que en la misma no existe el elemento de la subordinación (subrayas de la Sala).

...

2.3 Limitaciones legales a la utilización del contrato de prestación de servicios.

...

Como puede observarse, el ordenamiento jurídico ha previsto no sólo la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, sino que también sanciona al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal.

2.4 Solución judicial a la utilización fraudulenta del contrato de prestación de servicios.

La jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de esta Corporación han acudido a principios constitucionales en la solución de controversias que tienen que ver con relaciones laborales o legales y reglamentarias disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios, las cuales se realizan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras.

En la práctica, cuando el Legislador utilizó la expresión "En ningún caso... generan relación laboral ni el pago de prestaciones sociales" no consagró una presunción de iure o de derecho, que no admite prueba en contrario, puesto que el afectado, como ya se vio, podrá demandar por la vía judicial competente el reconocimiento de la existencia de la vinculación laboral y, por consiguiente, el pago de las prestaciones sociales a que haya lugar.

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin



reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.³

*Adicionalmente, el artículo 25 constitucional, establece que **el trabajo es un derecho fundamental** que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.*

En sentencia de fecha 18 de noviembre de 2003⁴, la Sala Plena del Consejo de Estado abordó el tema de los contratos de prestación de servicios y en aquella oportunidad negó las pretensiones de la demanda porque se acreditó en el plenario que en la ejecución de las órdenes suscritas por la parte actora se encontraba presente el elemento "coordinación". No obstante, esta pauta jurisprudencial no resulta aplicable en los eventos en los cuales se acuda al elemento "subordinación" aspecto trascendente que como se anotó requiere ser acreditado fehacientemente, en la tarea de desentrañar la relación laboral, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

*Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor 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 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.

*Posteriormente, en sentencia del 28 de julio de 2005, Exp. 5212-03, con ponencia del doctor Tarcisio Cáceres Toro, se efectuó un análisis de la forma de vinculación de los empleados públicos, precisando que "para que una persona natural **desempeñe un***

³ *Ibídem.*

⁴ Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ 0039-01, M.P.: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Demandante: María Zulay Ramírez Orozco.

⁵ 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, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.



EMPLEO PÚBLICO, EN CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO (RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA) que se realice su **ingreso al servicio público** en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir, **requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión**, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Con ello la **persona nombrada y posesionada** es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente. Ahora, muy excepcionalmente se da el caso de los **FUNCIONARIOS DE HECHO**, donde estos requisitos para el ingreso al empleo no se cumplen satisfactoriamente y cuyas repercusiones en diferentes campos del derecho han sido analizadas; para esta figura es indispensable la **EXISTENCIA DEL EMPLEO**, lo cual implica que esté previsto en la respectiva **PLANTA DE PERSONAL**” (negrilla y subrayados originales del texto).

Y en sentencia de 15 de junio de 2006⁶, esta Subsección precisó que “cuando existe contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional”.

(...)

“En consecuencia, **se reconocerá una indemnización por las prestaciones sociales dejadas de percibir**, para cuya liquidación se tomará como base el valor del respectivo contrato u orden de prestación de servicios” (resaltado de la Sala).

Recientemente, esta Sección modificó la tesis que reconocía al contratista que lograba demostrar los elementos de la relación laboral las prestaciones sociales dejadas de percibir a “título de indemnización”, considerando que las mismas se otorgan a título de “reparación del daño”, sin que por ello se convierta automáticamente en un empleado público:

“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.

(...)

Por lo anterior, los derechos que por este fallo habrán de reconocerse, se ordenarán no a título de indemnización, como ha venido otorgándose de tiempo atrás, sino como lo que son: el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con el pago de las cotizaciones correspondientes, aspectos éstos que no requieren de petición específica, pues constituyen una

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, radicación No. 2603-05, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.



consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación...^{7,8}

De la extensa cita traída a colación, podemos concluir que la posición del Consejo de Estado, privilegia la aplicación de las normas constitucionales sobre protección al trabajo, al trabajador y los derechos irrenunciables de este, garantía dentro de la cual se encuentra la de la prevalencia de la realidad sobre la forma, posición que es claramente compartida por este Cuerpo Colegiado, dado que nos encontramos frente a unas normas superiores que consagran los derechos mínimos que deben gozar todos los trabajadores y por tanto cualquier interpretación que se haga de las fuentes inferiores, deben respetar y guardar coherencia con los artículos 25 y 53 constitucionales.

Teniendo en cuenta el análisis normativo y jurisprudencial realizado, pasa esta Corporación a estudiar:

3. EL CASO CONCRETO:

Conforme a las pruebas documentales aportadas de manera oportuna a la presente

⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sent. del 19 de febrero de 2009. Rad. 3074-05. C.P, Bertha Lucía Ramírez de Páez.

⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia del 1 de julio de 2009. Radicación número: 47001-23-31-000-2000-00147-01(1106-08). Actor: JOSÉ DOLORES OROZCO ALTAMAR. Demandado: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION Y CORPES.

En igual sentido y citando solo a título de ejemplo, la Sala trae a colación las siguientes providencias, siendo incontable el universo existente de ellas:

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. CONSEJERO PONENTE JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE. Sentencia del 23 de agosto de 2007. EXPEDIENTE No. 050012331000199803896-01. No. INTERNO: 8053-2005. AUTORIDADES MUNICIPALES. ACTOR: GUSTAVO DE JESÚS CARVAJAL RODRÍGUEZ.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. CONSEJERO PONENTE: JAIME MORENO GARCIA. Sentencia del 28 de febrero de 2008. REF: EXP. No. 68001-23-15-000-2001-00688-01 No. Interno: 1064-07 P2. AUTORIDADES MUNICIPALES. ACTOR: MARIA ISABEL REDONDO SERRANO.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. CONSEJERO PONENTE: DR. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Sentencia del 21 de octubre de 2009. Expediente No. 05001-23-31-000-2001-03454-01. No. Interno: 2725-08 P3. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: JESÚS ALBINO SALDARRIAGA MOLINA.



actuación, tenemos que, la señora LILIBET OROZCO AGUAS elevó el día 30 de mayo de 2012⁹ ante la alcaldía del MUNICIPIO DE SINCELEJO, pedimento a través del cual solicitó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales producto de su vinculación con dicho ente territorial, en calidad de docente, a través de la modalidad de órdenes de prestación de servicios por el período comprendido entre el 15 de abril de 2001 y el 12 de abril de 2004.

Con motivo de la anterior petición, el ente accionado expidió el Oficio N° 1.8.634.06.2012 de junio 15 del 2012¹⁰, infrascrito por el Secretario de Educación y Cultura del municipio de Sincelejo, a través del cual determinó negar la solicitud de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales efectuadas por la hoy demandante.

Inconforme con la anterior determinación, la libelista interpuso recurso de apelación (fol. 26 a 31 del C. Principal), el cual fue desatado por el alcalde municipal del ente territorial reseñado, a través de la Resolución N° 1726 del 17 de agosto del 2012¹¹, confirmándose en su totalidad el acto administrativo primigenio.

Además, en el *sub lite* tenemos que a folio 199 del cartulario se allegó formato único para la expedición de certificados de historia laboral, suscrito por el Responsable de Archivo de la Secretaría de Educación del MUNICIPIO DE SINCELEJO, del cual se puede inferir razonablemente que la actora estuvo vinculada mediante órdenes de prestación de servicios con dicha entidad territorial en calidad de docente en las siguientes épocas:

| TIPO DE VINCULACIÓN | TÉRMINO |
|-------------------------------------|--------------------------------|
| 1. Orden de prestación de servicios | Desde 15-04-2001 al 30-11-2001 |
| 2. Orden de prestación de servicios | Desde 01-02-2002 al 30-11-2002 |
| 3. Orden de prestación de servicios | Desde 03-02-2003 al 19-12-2003 |

A la conclusión precedente, esta es, la vinculación de la actora con el MUNICIPIO

⁹ Ver folios 21 a 23 del C. Principal.

¹⁰ Folios 24 a 25 y 185 a 186 del C. Principal.

¹¹ Folios 32 a 34 y 175 a 177 del C. Principal.



DE SINCELEJO en calidad de docente, también se arriba de conformidad con las diferentes órdenes de prestación de servicios suscritas por la Secretaría de Educación del ente territorial encartado, que reposan en el plenario a folios 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 103, 104, 105, 107, 108, 109, 110, 111 y 112 del Cuaderno Principal.

Así entonces, para esta Sala de Decisión no hay asomo de duda, en cuanto que, existieron varias órdenes que pretendían vincular de manera irregular la prestación de los servicios de la accionante al MUNICIPIO DE SINCELEJO, en su calidad de docente, dado que claramente estos trabajos son propios e inherentes a la labor permanente relacionada con el servicio público de educación a cargo del mentado ente territorial a través de sus establecimientos educativos, por lo que el mismo utilizó diversas formas como es el contrato u orden de prestación de servicios, para que se prestaran los servicios propios de la labor de un empleado público, como son los docentes de los centros educativos públicos.

Por lo anterior, para esta Colegiatura, claramente en los mencionados períodos de contratación irregular, la accionante prestó sus servicios de tipo personal al municipio encartado, recibiendo como contraprestación el correspondiente pago¹², siendo el objeto de los mismos –se reitera-, prestar los servicios como docente en los establecimientos educativos públicos del MUNICIPIO DE SINCELEJO.

Así las cosas, baste solo por analizar el tema de la subordinación. En este aspecto, es importante traer a colación, la siguiente providencia del Consejo de Estado sobre el tema:

“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 ínsitas en la labor que desarrollan; es decir, son consustanciales al ejercicio docente.

¹² De conformidad con las documentales que descansan a folios 200 y 201 del C. Principal, se tiene que durante los años de 2001, 2002 y 2003 percibió por su vinculación con el ente territorial encartado, una asignación básica mensual en el monto relacionado para cada año.



En efecto, la Ley 60 de 1993 permitió la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, pero ella no derogó el Decreto 2277 de 1979 artículo 2° que dispone:

...

Esta definición de labor docente, que es aplicable a todos los maestros, aún si éstos laboran por hora cátedra, fue reafirmada por el artículo 104 de la Ley General de Educación (115 de 1994) al prever que "El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos ... ". los cuales están sometidos permanentemente a las directrices emitidas por las autoridades educativas, que son el Ministerio de Educación y las Secretarías de Educación, así como a su inspección y vigilancia, y no gozan de autonomía, en cuanto a que si requieren una permuta, un traslado, un otorgamiento de permiso, etc. necesitan la autorización de las autoridades locales, que son las que administran la educación conforme el Estatuto Docente y la Ley 60 de 1993, a través de su respectiva Secretaría de Educación. (arts. 106,153 Y 171 Ley 115 de 1994).

De lo anterior se infiere que la labor docente no es independiente, sino que pertenece a su esencia el hecho de que el servicio se preste personalmente, esté subordinado al cumplimiento de los reglamentos educativos, a las políticas que fije el Ministerio de Educación al Municipio para que administre dicho servicio público en su respectivo territorio, al pensum académico y al calendario escolar, 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.

En efecto, el artículo 45 del Decreto 2277 de 1979 o Estatuto Docente señala que a los docentes les está prohibido abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorización previa, y en el artículo 44, se encuentran dentro de sus deberes:

...

Ahora bien, sobre el horario que deben desarrollar los docentes, el artículo 57 del decreto 1860 de 1994, reglamentario de la Ley 115 de 1994, establece que el calendario académico de todos los establecimientos educativos estatales y privados tendrán una sola jornada diurna, y que la semana lectiva tendrá una duración promedio mínima de 25 horas efectivas de trabajo en educación básica primaria y de 30 horas en educación básica secundaria y en el nivel de educación media. Y lo cierto es que esta Sección ha aceptado, en fallos como el del 5 de agosto de 1993, exp. 6199, M.P. Clara Forero de Castro, que el horario normal de trabajo de los maestros es el que corresponde a la jornada de los planteles educativos de enseñanza donde laboran "a fin de cumplir con el pensum señalado a este nivel de educación, independientemente de su intensidad horaria".

Así mismo, en relación con la contraprestación que recibía a cambio de dicha labor, se tiene que recibía una suma mensual, como se puede inferir de los contratos que reposan en el plenario. En consecuencia, a la Sala no le cabe la menor duda que la demandante prestaba sus servicios profesionales y personales para el desarrollo de funciones que correspondían al giro ordinario de la administración municipal; en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente propias del magisterio como docente, relacionadas con la formación



integral de la comunidad escolar, dentro de un horario preestablecido, y a cambio de una contraprestación, que en este caso, consistía en un sueldo mensual.”¹³

Teniendo en cuenta lo expuesto, las labores docentes desempeñadas por LILIBET OROZCO AGUAS, llevaron consigo la subordinación o dependencia¹⁴, por lo que claramente en el presente caso, han de entenderse superados todos los elementos para configurar una verdadera relación de trabajo entre el MUNICIPIO DE SINCELEJO y la demandante, en los tiempos discriminados en el cuadro antes transcrito.

Por todo lo anteriormente considerado, este dispensador de justicia arriba a la conclusión que el recurso de apelación presentado por el extremo pasivo, no tiene la vocación de prosperar, en consecuencia, la providencia impugnada debe confirmarse.

4. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS:

Se condenará a la parte recurrente que no le prosperó el recurso, el demandado, al pago de las costas correspondientes a esta instancia, de conformidad con lo consagrado en los artículos 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos

¹³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A". CONSEJERO PONENTE: DR. JAIME MORENO GARCÍA. Sentencia del 28 de febrero de 2008. REF: EXP. No. 68001-23-15-000-2003-00911-01 No. Interno: 0702-07 P3. AUTORIDADES MUNICIPALES. ACTOR: DEICY YOLIMA RAMÍREZ DÍAZ.

¹⁴ Los criterios esbozados respecto de la subordinación de la labor docente fueron reiterados por el H. Consejo de Estado, en los siguientes pronunciamientos:

- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B CONSEJERO PONENTE: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá D.C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil diez (2010) REF: EXPEDIENTE No. 150012331000199900638 01 No. INTERNO: 0806-2010 AUTORIDADES DEPARTAMENTALES ACTORA: MARLENE MORALES OLMOS
- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "A" Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON Bogotá D.C., veinte (20) de enero de dos mil once (2011) Radicación número: 08001-23-31-000-2003-00454-01(0015-08) Actor: LEVIS PATRICIA CUENTAS MARTES Demandado: SECRETARIA DE EDUCACION, CULTURA Y DEPORTE DE BARRANQUILLA
- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ Bogotá, D. C., dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012) Radicación número: 69001-23-31-000-2003-02588-01(1961-11) Actor: MARÍA EDILMA BARRERA REYES Demandado: MUNICIPIO DE PIEDECUESTA



365 y 366 del C.G.P. En firme la presente providencia, ordénese que por el *A quo* se realice la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

5. CONCLUSIÓN

A guisa de conclusión, el Tribunal considera que los actos administrativos contenidos en el Oficio N° 1.8.634.06.2012 de junio 15 del 2012, y en la Resolución N° 1726 del 17 de agosto del 2012, expedidos por el Secretario de Educación y el alcalde municipal de Sincelejo, respectivamente, vulneraron las normas pretendidas por la parte actora, por lo que su presunción de legalidad se desvirtuó; por tanto se dispondrá la **CONFIRMACIÓN** de la sentencia de primera instancia que acogió las pretensiones de la demanda.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia proferida por el JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, de fecha 29 de septiembre de 2014, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandada apelante. En firme la presente providencia, por el *A-quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen,



CANCÉLESE su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue estudiado, discutido y aprobado por la Sala en sesión del día de hoy, según Acta N° 32.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ