



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Radicado N°: 70-001-33-33-003-2014-00188-00.

Demandante: José Gabriel Estrada Vergara.

Demandado: Municipio de Sincelejo.

Temas: Configuración contrato realidad / Elemento Subordinación - Carga de la Prueba

SENTENCIA N° 86

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en los artículos 179 y 182 de la ley 1437 de 2011, procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente de causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA

1.1.1. PARTES

- Demandante: JOSÉ GABRIEL ESTRADA VERGARA, identificado con la cédula de ciudadanía N° 92.553.553 quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandado: **MUNICIPIO DE SINCELEJO.**

¹ Folio 13 del expediente

1.1.2. PRETENSIONES

DECLARACIONES:

Primera: Que se declare la nulidad del acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo por la no resolución del recurso de apelación presentado contra la decisión de fecha 03 de septiembre de 2012 oficio 1.8-1413-09-2012 y 17 de septiembre de 2012 oficio 1.8-1533-09-2012, suscrita por el Doctor Jairo Alfonso Fernández Quessep, Alcalde del municipio de Sincelejo, en que se niega el reconocimiento de la relación laboral existente entre el municipio de Sincelejo y el señor JOSÉ GABRIEL ESTRADA VERGARA, durante el tiempo que el señor se desempeñó como docente contratado bajo la modalidad de órdenes de prestación de servicios y consecuentemente el pago de las prestaciones sociales causadas durante ese período.

Segunda: En aplicación al artículo 53 de la Constitución Nacional, declarar que entre el municipio de Sincelejo y el señor JOSÉ GABRIEL ESTRADA VERGARA, existió una relación laboral, por cuanto se dan los elementos: prestación personal del servicio, subordinación y remuneración; dentro del lapso de tiempo comprendido entre el 01/02/2001 al 30/11/2001, período en que el accionante se desempeñó como docente, vinculado a través de órdenes, de prestación del servicio.

Tercera: Declarar que el tiempo de servicio laborado por JOSÉ GABRIEL ESTRADA VERGARA, a través de órdenes de prestación de servicios comprendido entre 01/02/2001 al 30/11/2001, sea computado para efecto pensionales, de conformidad con lo estipulado en la ley 100 de 1993.

CONDENAS:

PRIMERA: Que se condene al municipio de Sincelejo, al pago de las prestaciones sociales que en igualdad de condiciones reconocía a los empleados públicos docentes, tales como: Auxilio de Cesantías, Intereses sobre las Cesantías, prima de navidad, prima de vacaciones, vacaciones, auxilio de transporte, prima de alimentación, auxilio de movilización, calzado y vestido de labor; no cancelados por el demandado y causadas durante el período comprendido entre el 01/02/2001 al 30/11/2001, derivadas de la relación laboral; así como la indemnización consagrada en la ley 244 de 1995; sin que se predique la prescripción extintiva de los derechos laborales.

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

TERCERA: Condenar a la entidad demandada a reintegrar los dineros que hubiesen sido descontados al salario devengado por el accionante por concepto de retención en la fuente.

CUARTA: Condenar a la entidad demandada a pagar la indexación o corrección monetaria, sobre las sumas adeudadas al demandante.

QUINTA: Condenar a la entidad demandada a reconocer, liquidar y pagar intereses moratorios sobre las sumas adeudadas, conforme lo establecido en el artículo 192 del CPACA.

SEXTA: Condenar a la entidad demandada, a que de estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone el artículo 189 y 192 del CPACA.

1.1.3. HECHOS

Se indica que, el señor JOSÉ GABRIEL ESTRADA VERGARA, prestó sus servicios como docente en el municipio de Sincelejo, vinculado a través de las denominadas Órdenes de Prestación de Servicios, desde el 01 de febrero de 2001 hasta el 30 de noviembre de 2001.

Señala que, el accionante ejerció sus funciones como docente, bajo órdenes y dirección de las autoridades educativas de la entidad demandada, en idéntico calendario y jornada laboral que aquellos docentes que laboran en la actividad estatal de la docencia con vinculación legal o reglamentaria.

Refiere que, con el objeto de que se le reconociera una relación laboral y el pago de las prestaciones sociales a las que tiene derecho, el 2 de agosto de 2013, elevó derecho de petición ante esta entidad.

Anota que, la entidad demanda respondió mediante los oficios 1.8-1413-09-2012 del 03 de septiembre de 2012 y 1.8-1533-09-2012 del 17 de septiembre de 2012, de forma

negativa la petición, así como el recurso de reposición respectivamente, sobre el reconocimiento de la relación laboral y el reconocimiento de prestaciones sociales originada por la prestación del servicio, notificándoles la decisión el día 9 de septiembre de 2013 y 7 de octubre de 2013, decisión esta última contra la cual se interpuso recurso de apelación, sin obtener respuesta alguna, configurándose así silencio administrativo negativo.

Por último expresa que, presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la procuraduría 103 Judicial II Administrativa, siendo celebrada la audiencia el día 26 de agosto de 2014, sin que existiera ánimo conciliatorio.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS

Con la actuación de la entidad demandada se infringieron los siguientes preceptos constitucionales y legales: Constitución Nacional arts. 1, 2, 4, 13, 25, 28, 48, 53; artículos 58, 59 y 60 del decreto 1919 de 2002; Decreto 2277 de 1979; ley 115 de 1994; art 57 de la ley 860 DE 1994; ley 100 de 1993; artículo 83 del decreto 1042 de 1978; artículo 7 del decreto 1950 de 1993; Decreto 1848 de 1969; artículos 3 y 5 del decreto 3130 de 1968; artículos 6 y 8 del Decreto 3135 de 1968.

1.1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Manifiesta que, por regla general las personas naturales solamente pueden vincularse laboralmente con el Estado como empleados públicos o trabajadores oficiales, pero la realidad es que en ocasiones, la función pública se beneficia del trabajo personal y subordinado disfrazándolo dentro del denominado contrato de prestación de servicios como es el caso.

Afirma que, el demandante se desempeñó como docente al servicio del municipio de Sincelejo, según consta en las órdenes de prestación de servicios anexas desde el 01 de febrero de 2001 hasta el 30 de noviembre de 2001.

Asevera que, la existencia de las órdenes de prestación de servicios docentes, permiten inferir que la administración pretendió evitar el pago de prestaciones sociales, encubriendo la existencia de una verdadera relación laboral, por cuanto la subordinación y la dependencia se encuentran ínsitas en la labor que desarrollan los maestros, es decir son consustanciales al ejercicio docente.

Relata que, conforme al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, entre las partes existió una relación laboral, que impone la especial protección del Estado en igualdad de condiciones que a los docentes de planta, según los términos de los artículos 13 y 25 de la carta, razón por la cual el acto acusado resulta anulable. Las órdenes de prestación de servicios docentes suscritas, pretendieron esconder una vinculación de derecho laboral público, desconociendo el derecho a la igualdad.

Estipula que, la primacía de la realidad sobre la formalidad en una relación laboral, es un principio constitucional, y señala que la Corte Constitucional en Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, determinó la diferencia entre el contrato de trabajo y el de prestación del servicio así: *“como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientemente. En efecto, para que en aquel se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio en el contrato de prestación de servicio, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe elemento de subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.”*

Finalmente asegura que es evidente que en la relación laboral surgida entre las partes, se integran los elementos constitutivos de todo contrato laboral, pues de lo contrario, las funciones encomendadas no se ejecutarían de manera cabal y satisfactoria como las realizadas por el actor.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada el día 3 de septiembre de 2014².
- Mediante auto del 22 de septiembre de 2014³ fue admitida la demanda,
- La demanda fue notificada a las partes el 12 de marzo de 2015⁴.
- La entidad demanda el 10 de junio de 2014⁵, presentó memorial contestando la demanda⁶.
- Por auto del 28 de octubre de 2015⁷, se dio por contestada la demanda y se fijó el día 05 de mayo de 2016 a partir de las 09:00 a.m. para audiencia inicial.

² Folio 31 del expediente.

³ Folio 33 del expediente.

⁴ Folios 41 - 47 del expediente.

⁵ Folio 40 del expediente.

⁶ Folios 53 - 62 del expediente.

⁷ Folio 66 del expediente.

- El día 5 de mayo de 2016⁸ se llevó a cabo audiencia inicial, en la etapa de saneamiento, se evidenció irregularidad en el proceso, procediéndose a decretar la no contestación de la demanda y se fijó fecha para audiencia de pruebas para el día 22 de septiembre de 2016 a partir de las 08:30 a.m.
- Con fecha 22 de septiembre de 2016⁹, se realizó audiencia de pruebas y se corrió traslado para alegatos de conclusión a las partes por el término común de 10 días.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El Despacho dio por no contestada la demanda en audiencia inicial¹⁰.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. LA PARTE DEMANDANTE¹¹:

El demandante reafirmó los argumentos expuestos en la demanda.

1.4.2. LA ENTIDAD DEMANDADA:

No presentó alegatos de conclusión.

1.4.3. MINISTERIO DE PÚBLICO:

La Agente del Ministerio Público, se abstuvo de emitir pronunciamiento de fondo.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. COMPETENCIA:

El Juzgado es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el

⁸ Folio 88 - 89 del expediente.

⁹ Folio 105 - 106 del expediente.

¹⁰ Folio 88 - 89 del expediente.

¹¹ Folio 108 - 112 del expediente.

cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

Se pretende la nulidad del acto administrativo contenido en los **oficios** 1.8-1413-09-2012 del 03 de septiembre de 2012; del oficio 1.8-1533-09-2012 del 17 de septiembre de 2012; y del acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo por medio del cual el municipio de Sincelejo, omitió resolver recurso de apelación presentado contra el oficio 1.8-1533-09-2012 del 17 de septiembre de 2012, mediante la cual se negó la relación laboral existente entre el **Municipio de Sincelejo** y el señor JOSÉ GABRIEL ESTRADA VERGARA, durante el tiempo que el actor se desempeñó como docente contratado bajo la modalidad de Órdenes de Prestación de Servicios,

2.3 PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

Acorde con lo advertido en la etapa de fijación del litigio, el debate en el sub examine, estriba, en establecer si entre la entidad demandada y el demandante existió una verdadera relación laboral, como consecuencia de ello si hay lugar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos laborales a favor del actor.

En atención a ello, corresponde al Despacho en aras de desatar la Litis, referirse al tema del (I) contrato realidad en el sector público, su desarrollo jurisprudencial; (II) la prueba de sus elementos; (III) análisis de sus elementos en el caso concreto.

2.4. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO REALIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO. MARCO JURISPRUDENCIAL.

En sentencia C – 154 de 1997, la Corte Constitucional estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y el contrato de prestación de servicios, de la siguiente manera:

“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.”

El 18 de noviembre de 2003, mediante decisión de Sala Plena del Consejo de Estado, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, se consideró que no había quebranto, al principio de la igualdad, que una era la situación del **empleado público**, que se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales aquélla no adquiere vida jurídica; elementos que se encuentran consagrados en el art. 122 de la C.P., que dan origen al pago de las prestaciones que corresponden a este tipo de servidores públicos; y otra, muy distinta, la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios, que no genera relación laboral ni prestaciones sociales; y otra, finalmente, a la que da lugar el contrato de trabajo, que con la administración no tiene ocurrencia sino sólo cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.

Se consideró que no se puede pretender que los efectos de una figura sean idénticos a los de otra, so pretexto del principio de la igualdad, porque cada realidad es fuente de obligaciones bien diferenciadas por el derecho positivo, por haberse regulado por ordenamientos distintos, por lo cual exponía que era imposible semejanza alguna

entre las tres figuras de la relación laboral, negando en dicha oportunidad el reconocimiento solicitado por cuanto no se apreciaba la falsa motivación del acto alegado.

Posteriormente cambió la posición el H. Consejo de Estado, en pronunciamiento de la Sección Segunda C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Sentencia del 19 de febrero de 2009, en la cual se ha referido al principio de la primacía de la realidad, así:

“La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido.

Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

“Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público”.

La misma providencia analizó frente al fallo de Sala Plena del Consejo de Estado, del 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, lo siguiente:

“En dicho fallo se concluyó:

- 1. El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley.*
- 2. No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario.*
- 3. No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado*

¹ Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda

público, se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestacional.

4. *La situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo, que con la Administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.*
5. *Se hizo énfasis en la relación de coordinación entre contratante y contratista para el caso específico*

Sin embargo y pese a lo anterior, si el interesado vinculado bajo la forma de contrato de prestación de servicios, logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (Art. 53 C.P.).”

Tal posición ha sido adoptada por el Honorable Consejo de estado, en los siguientes términos¹²:

“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

(...)

De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los periodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados.

La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público:

¹² Expedientes Nos. 0245 y 2161 de 2005, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante

(...)

Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando la demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad.”

Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación¹³:

Adicionalmente, el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 modificado por el Decreto 3074 del mismo año, norma que se encuentra vigente, dispuso:

“Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

¹³ Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez, Bogotá, D. C., 19 de Febrero de 2009. Radicación Número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05). Ver igualmente los siguientes expedientes: 05001-23-31-000-2000-04732-01(7979-05); 540012331000200000020 01 (2776-2005); 23001 23 31 000 2002 00244-01 (2152-06); 52001-23-31-000-1999-01215-02(4669-04); 47001-23-31-000-2000-00147-01(1106-08).

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.

(...)"

La parte subrayada fue demandada ante la Corte Constitucional quien en sentencia C-614 de 2009, abordó nuevamente el estudio del contrato de prestación de servicios la prohibición para la Administración Pública de celebrarlo para el ejercicio de funciones de carácter permanente, señalando entre otros criterios, la permanencia como un elemento más que indica la existencia de una verdadera relación laboral y manifestando que:

"...los jueces ordinarios y constitucionales han sido enfáticos en sostener que la realidad prima sobre la forma, de ahí que no puede suscribirse un contrato de prestación de servicios para ejecutar una relación laboral. De hecho, el verdadero sentido del principio de primacía de la realidad sobre la forma impone el reconocimiento cierto y efectivo del real derecho que surge de la actividad laboral. Por consiguiente, en caso de que los jueces competentes encuentren que se desnaturalizó la relación contractual de trabajo procederán a declarar la existencia del verdadero contrato celebrado, sin que sea relevante el nombre acordado, y ordenarán ajustar los derechos económicos a lo que corresponda en justicia y derecho."

En la cita, se reitera y se concluye por parte del Tribunal Constitucional que, la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar **funciones de carácter permanente**, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Así mismo, se establecen a efectos de determinar el concepto de función permanente, como elemento que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios, los siguientes criterios, a saber:

- i) **Criterio funcional:** la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución) deben ejecutarse, por regla general, mediante el empleo público. En otras palabras, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la

entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral.

- ii) **Criterio de igualdad:** Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia citada del 6 de septiembre de 2008¹⁴).
- iii) **Criterio temporal o de la habitualidad:** Si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia ya citada del 3 de julio de 2003¹⁵).
- iv) **Criterio de la excepcionalidad:** si la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de febrero de 2002¹⁶ a que se ha hecho referencia). Por el contrario, si la gestión contratada equivale al “giro normal de los negocios” de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual.
- v) **Criterio de la continuidad:** Si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral.

El Tribunal Administrativo de Sucre, en sentencia del 26 de septiembre de 2013, manifestó frente a la posibilidad que exista una relación laboral, que no precisamente sea conducida por la celebración de contratos de prestación de servicios, partiendo

¹⁴ Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 2152-06. Cita de la Providencia

¹⁵ Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, expediente 4798-02. Cita Original de la Providencia de la C. Constitucional.

¹⁶ Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, expediente 3530-2001. Cita original de la providencia de la CC.

de precisiones jurisprudenciales hechas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, que:

“... Sin embargo, la H. Corte Constitucional ha puntualizado que, es claro que en la realidad los municipios, y Estado en general, en ocasiones se benefician del trabajo personal y subordinado sin satisfacer las condiciones jurídicas, establecidas en la constitución y la ley, como indispensables para una vinculación laboral en forma. Pero eso no significa que no haya vinculación laboral. Aceptar que sólo la inobservancia de las formas jurídicas de vinculación en regla, puede ser desvirtuado por completo el carácter laboral de una relación de prestación de servicios personales y subordinados, es concederle primacía a la forma sobre la realidad; eso es tanto como desconocer la Constitución; porque esta última ordena justamente lo contrario: concederle primacía a la realidad sobre las formas (art. 53 C.P.)

Por tanto, cuando la justicia advierte que una persona le ha prestado sus servicios personal y subordinadamente a un ente territorial, pero no tiene la investidura de trabajador oficial, no puede simplemente absolver a dicha administración; podría hacerlo si con seguridad el demandante es empleado público, pues en ese caso este tendría la oportunidad de ventilar sus pretensiones en la jurisdicción competente: la justicia contencioso administrativa; pero si hay razones para concluir que el peticionario no es ni trabajador oficial ni empleado público, la justicia debe decidir el fondo de cuestión de manera congruente: establecer si hubo relación de trabajo personal y subordinado; en caso afirmativo condenar a aquella entidad al pago de los emolumentos laborales dejados de cancelar”.

En cuanto a la forma como se debe liquidar las sumas adeudadas a la demandante, se tendrán en cuenta pronunciamientos al respecto del Consejo de Estado:

“PRESTACIONES SOCIALES”

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

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. SECC.SEGUNDA C.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ 19 febrero 2009.Rad:3074-05
Actor: ANA REINALDA TRIANA VIUCHI

Este tema no ha sido ajeno a la Sección Segunda de esta Corporación, que se ha pronunciado en reiteradas sentencias sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

Mediante providencia de 16 de febrero de 2005, M. P. Tarsicio Cáceres Toro, Exp. 3130-04, reconoció el pago de una indemnización equivalente a las prestaciones sociales ordinarias liquidadas, de la siguiente manera:

*“En esas condiciones, aunque realmente **no se trata de una relación legal y reglamentaria**, no es menos cierto que la persona que labora en esas condiciones lo hace en forma similar al empleado público con funciones administrativas de apoyo para el personal de salud, que sí es esencial para el objeto del Ente. No obstante lo anterior, teniendo en cuenta los principios de equidad e igualdad, hasta donde es posible admitir, la Jurisdicción ha aceptado que es procedente reconocer al contratista unos derechos consistentes en el reconocimiento y pago de INDEMNIZACION por lo que ha dejado de percibir en forma equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que reciben esa clase de empleados de la entidad pero liquidables teniendo en cuenta los “honorarios” pactados en los contratos.”(Negrilla del texto).*

En sentencia de 15 de junio de 2006, M. P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, aquella corporación sostuvo:

“los simulados contratos de prestación de servicios docentes suscritos con la demandante, pretendieron esconder una vinculación de derecho laboral público, a pesar de que, como se explicó, la actora no puede ser considerada empleada pública docente. Al no tener entonces esa calidad, mal puede esta Sala decretar las prestaciones que reclama, por la sencilla razón de que tales prestaciones sociales nacen en favor de quienes, por cumplir todas las formalidades sustanciales de derecho público, para el acceso al servicio público, alcanzan la condición de servidor, cuestión que no es el caso de la demandante.

Sin embargo, como se dijo anteriormente, la administración desconoció el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, y con ello ocasionó unos perjuicios que deben ser resarcidos a la luz del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo. (...).”

De la situación particular de los docentes el Consejo de Estado mediante sentencia¹⁸ ha expresado lo siguiente:

Ahora bien, la situación de los educadores que laboran en establecimientos públicos de enseñanza por medio de contratos de prestación de servicios, no resulta igual. 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.

La anterior afirmación se sustenta en la existencia de diferentes normas y criterios jurisprudenciales que se mencionan a continuación.

El artículo 2° del decreto 2277 de 1970 que definió la labor docente aplicable a todos los maestros, en los siguientes términos:

"Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores. Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo."

Tal definición fue reafirmada por el artículo 104 de la Ley General de Educación (115 de 1094) 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 6° de 1993, a través de su respectiva Secretaría de Educación, (arts. 106,153 y 171 ley 115 de 1094).

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

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN SEGUNDA – Febrero 2 de 2006. Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla. Radicación número: 080012331000199611550. No. Interno: 4250

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 pensum académico y al calendario escolar.

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.

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:

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

Con respecto al 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.

Sin embargo, debe recordarse que esta Sección ha concluido 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".

Ahora bien, la Ley 6º de 1993 permitió la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, pero esta clase de vinculación en el caso de los educadores se desnaturalizó con lo dispuesto por la ley 115 de 1994, en cuyo artículo 105 se consagró una vocación de permanencia de los docentes contratistas, al prever un término para su incorporación gradual en la planta y ordenar la contratación indefinida. Reza así la citada disposición:

"A los docentes vinculados por contrato contemplados en el párrafo primero del artículo 6º de la ley 60 de 1993 se les seguirá contratando sucesivamente para el período académico siguiente, hasta cuando puedan ser vinculados a la planta de personal docente territorial."

Y la Corte Constitucional expresó, respecto de la actividad que ejecutan los docentes al servicio de la educación oficial vinculados por contrato de servicios que

"...Desde el punto de vista de la actividad material que ejecutan los docentes-temporales, no parece existir diferencia respecto de la que realizan los docentes-empleados públicos. Sí no se encuentra una diferencia, entre estos dos supuestos, edificada sobre un criterio de comparación que sea razonable, perdería plausibilidad el régimen jurídico asimétrico que, en las condiciones ya referidas, la ley contempla y el cual, en los aspectos principales (remuneración, prestaciones, derechos y obligaciones), es más favorable para los docentes- empleados publicas..."

Hasta tal grado no existen diferencias entre los dos supuestos estudiados - actividad de los docentes temporales y actividad de los docentes-empleados públicos -, que la única particularidad que exhiben los últimos respecto de los primeros es la de recibir un trato de favor emanado del régimen legal, cuya aplicación exclusiva, en estas condiciones, queda sin explicación distinta de la concesión de un privilegio. Lo que a menudo Constituye la otra cara de la discriminación, cuando ella es mirada desde la óptica de los excluidos..."¹⁹

2.5. LA INDEMNIZACIÓN EN EL CONTRATO REALIDAD

La tesis que actualmente maneja el Honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Sucre y que es compartida por esta funcionaria judicial, al momento de indemnizar este tipo de controversias, se limita a condenar al pago de las

¹⁹Sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A de 5 de agosto de 1993, exp. 6199, M.P. Clara Forero de Castro y Sentencia C-555 de 1994 Corte Constitucional.

prestaciones sociales ordinarias que devenga un empleado público en similar situación, pero liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios.

Dicho argumento es justificado, en que como quien pretende demostrar el contrato realidad, no ostenta la calidad legal de empleado público, carece del derecho al pago de todas las prestaciones sociales a las que tendría derecho un servidor en estas condiciones, tal como se desprende de la siguiente providencia:

“La condena al pago de prestaciones sociales en favor de la parte actora, en igualdad de condiciones a un educador oficial.

*En la sentencia de nov. 30/00 se expresó que **no es de recibo** porque, como ya se dijo, el régimen prestacional tiene unos destinatarios que son los empleados públicos y trabajadores oficiales, calidad que en verdad la Parte demandante no tenía en el lapso discutido.*

Agregó, que no obstante, en aras de preservar la equidad hasta donde es posible, la Jurisdicción ha accedido a reconocer a título de INDEMNIZACION, el equivalente a las prestaciones sociales que perciben los docentes oficiales (de la respectiva Entidad Contratante), tomando el valor de lo pactado en el contrato de prestación de servicios, como base para la liquidación de la indemnización, tal como se expresó claramente en la Sentencia de marzo 18/98 del Exp. No. 11722 – 1198/98, de la Sección 2ª de esta Corporación, con ponencia del Dr. Flavio Rodríguez.

Y para tal efecto, se deben determinar inicialmente cuáles son esas prestaciones ordinarias a que tienen derecho los educadores oficiales (v.gr. prima de navidad, cesantía, etc.) Y la forma de su liquidación (v.gr. número de días y valores, etc.), para después calcular, teniendo en cuenta esos parámetros y el valor de esas prestaciones que no pudieron devengar, conforme a los honorarios pactados.”²⁰

2.6. LA PRUEBA DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO REALIDAD.

Cuando se trata de demostrar la existencia de un contrato realidad, la carga probatoria de los elementos de dicho contrato, incumbe exclusivamente a quien alega la figura, o espera ser cobijado por la amparo que brinda el principio de la primacía

²⁰ Sentencia de 28 de junio de 2001, M.P. TARSICIO CÁCERES TORO, Exp. 2324-00, Actora: MARÍA BERTHA DÍAZ CORREA.

de la realidad, esto es, la persona vinculada mediante el contrato de prestación de servicios y que acude en sede judicial a solicitar la protección de sus derechos.

Tal subordinación que no es física, sino de tipo jurídico, involucra la posibilidad del contratante del servicio para disponer de la fuerza de trabajo conforme mejor conviene a los intereses de la entidad, con la posibilidad latente de dar órdenes e instrucciones al empleado respecto la cantidad, forma, tiempo y calidad del servicio que se presta.

En providencia de fecha 21 de mayo de 2009, con ponencia del Consejero, Gerardo Arenas Monsalve, el Consejo de Estado señaló:

“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 a modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerles reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato.

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 para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de dar cumplimiento al principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral”²¹.

2.7. ANÁLISIS DE LA CONCURRENCIA DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO REALIDAD EN EL CASO CONCRETO.

Resumiendo, la controversia gira en torno a la existencia de una relación laboral, la que según el demandante surge porque estuvo vinculado como docente con el MUNICIPIO DE SINCELEJO, de forma continua mediante órdenes de prestación de servicios, bajo subordinación y dependencia del superior, y percibiendo una remuneración por su labor.

²¹Expediente radicado 050012331000199901406 01. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda.

Para el efecto, se recaudó el siguiente material probatorio:

- Derecho de petición presentado por el actor dirigido al municipio de Sincelejo, presentado el 30 de agosto de 2012, solicitando el reconocimiento de las prestaciones sociales y la existencia de una relación laboral.²²
- Oficio 1.8-1413-09-2012 de fecha 03 de septiembre de 2012, mediante el cual la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo, resuelve su petición negando lo solicitado²³.
- Recurso de reposición contra el oficio 1.8-1413-09-2012²⁴, presentado por el accionante.
- Oficio 1.8-1533-09-2012 de fecha 17 de septiembre de 2012²⁵, por medio del cual la Secretaría de Educación y Cultura Municipal de Sincelejo, confirma en toda sus partes el oficio 1.8-1413-09-2012 del 03 de septiembre de 2012.
- Copia de orden de prestación de servicios de fecha 01 de febrero de 2001²⁶.
- Copia de Formato Único para Expedición de Certificados de Historia Laboral – Experiencia Laboral, de fecha 02 de agosto de 2012²⁷, expedida por la Secretaria de Educación del Municipio de Sincelejo.
- Certificado de salarios del demandante de fecha 06 de agosto de 2012 laboral²⁸.
- Acta de conciliación extrajudicial de fecha 25 de agosto de 2014²⁹, celebrada entre las partes, ante la Procuraduría 103 Judicial II Para Asuntos Administrativos de Sincelejo.
- Constancia de conciliación extrajudicial de fecha 25 de agosto de 2014³⁰, celebrada entre las partes, ante la Procuraduría 103 Judicial II Para Asuntos Administrativos de Sincelejo.
- Expediente administrativo del señor JOSÉ GABRIEL ESTRADA VERGARA³¹.

De conformidad al material probatorio recaudado, se observa claramente que, el actor laboró al servicio del MUNICIPIO DE SINCELEJO, bajo contratos de prestación de servicios, como docente en el plantel educativo Institución Educativa La Arena, en el

²² Folio 15 - 18 del expediente.

²³ Folio 19 - 20 del expediente.

²⁴ Folio 21 - 22 del expediente.

²⁵ Folio 23 - 24 del expediente.

²⁶ Folio 28 del expediente.

²⁷ Folio 29 del expediente.

²⁸ Folio 30 del expediente.

²⁹ Folio 25 - 26 del expediente.

³⁰ Folio 27 del expediente.

³¹ Folio 72 - 83 del expediente.

período comprendido entre el 01 de febrero de 2001 hasta el 30 de noviembre de 2001. Para ello se aporta contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes de fecha 01 de febrero de 2001³² por el término de 90 días, y el certificado de historia laboral³³ del señor JOSÉ ESTRADA VERGARA, expedido por la Secretaría de Educación de Sincelejo, documento aportado por ambas partes y que no fue objeto de contradicción, que indica claramente los períodos de vinculación laboral del demandante con el MUNICIPIO DE SINCELEJO.

Igualmente está acreditado que, el actor percibía una contraprestación económica por la prestación de sus servicios, así lo indica el certificado de salarios expedido por la secretaria de educación de Sincelejo, de fecha 06 de agosto de 2012³⁴, en el que aparece la suma de \$597.029, como salario mensual devengado.

Por tanto, quedan probados los dos primeros elementos propios de una relación laboral, como lo son, la prestación personal del servicio y la remuneración económica.

En relación con el elemento subordinación, como antes se mencionó, línea divisoria del contrato de prestación de servicios y la relación laboral invocada, la misma se encuentra demostrada, puesto que existen evidencias claras y material probatorio suficiente que da cuenta de ello y que permite al Despacho afirmar que la labor realizada por el accionante como docente, dista mucho de ser independiente, y por el contrario, este debía someterse al horario de trabajo, lo cual es muestra en este particular evento de existencia de subordinación.

Como bien lo ha establecido el Honorable Consejo de Estado, la subordinación y la dependencia, son elementos ínsitos a la labor docente. De igual manera se ha dicho que el horario es el correspondiente a la jornada de los planteles educativos de enseñanza donde los maestros laboran, con el objeto de dar cumplimiento al pensum establecido.

“No obstante, en casos particulares como los de los docentes, es necesario, como ya lo ha señalado la Sala, brindar más flexibilidad³⁵, como quiera que elementos como la subordinación y la dependencia se encuentran ínsitos en la labor que ellos

³² Folio 28 del expediente.

³³ Folio 29 del expediente.

³⁴ Folio 30 del expediente.

³⁵ Consejo de Estado. Sentencia de noviembre 17 de 2005, rad.No. 4294, M.P. Jaime Moreno G.

desarrollan en la entidad para la cual han sido contratados, afirmación ésta que se sustenta en la existencia de diferentes normas y criterios jurisprudenciales que se mencionan a continuación:

El artículo 2º del Decreto 2277 de 1979 definió la labor docente aplicable a todos los maestros en los siguientes términos:

"Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores. Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo."

Tal definición 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 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 pènsun académico y al calendario escolar.

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.

(...)

Con respecto al horario que deben cumplir los docentes, el artículo 57 del Decreto 1860 de 1994, modificado por el Decreto 1850 de 2002 reglamentarios de la Ley 115 de 1994, establece que atendiendo las condiciones económicas regionales y las tradiciones de las instituciones educativas, las entidades territoriales certificadas expedirán cada año y por una sola vez, el calendario académico para todos los establecimientos educativos estatales de su jurisdicción teniendo en cuenta los siguientes criterios: Para docentes y directivos docentes: a) Cuarenta (40) semanas de trabajo académico con estudiantes, distribuido en dos períodos semestrales; b) Cinco (5) semanas de actividades de desarrollo institucional; y c) Siete (7) semanas de vacaciones.

La Sala ha concluido, que éste corresponde a la jornada de los planteles educativos de enseñanza donde los maestros laboran “a fin de cumplir con el pénsum señalado a este nivel de educación”³⁶ ³⁷ (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Así las cosas, el supuesto fáctico probado a la luz de los argumentos expuestos, lleva a concluir que se está 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/u órdenes laborales, razón por la cual en aplicación de los postulados fundamentales establecidos en los artículos 25 y 53³⁸ de la Constitución Política, citados como normas violadas, se declarará la nulidad del actos administrativos demandados, mediante los cuales se negó el reconocimiento de las prestaciones sociales del accionante en virtud de su labor como docente en el Municipio de Sincelejo.

³⁶ Consejo de Estado. Sentencia de agosto 5 de 1993, Rad. No. 6199 M.P. Clara Forero de Castro.

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “A”, Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Bogotá D.C., seis (6) de marzo de dos mil ocho (2008). Radicación No. 23001 23 31 000 2002 00244-01 (2152-06)

³⁸Y es, a esta especial protección al trabajo, a la cual el Despacho le da prevalencia en virtud de mandato constitucional contenido en el artículo 25 de la C. P., sin olvidar igualmente que el trabajo es un derecho fundamental que debe ser garantizado en condiciones dignas y justas, dentro de las cuales esta, el derecho a recibir los beneficios laborales que se generan por la prestación personal de un servicio subordinado.

3. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Consecuencia de la declaratoria de nulidad, deviene el restablecimiento del derecho, que en casos como el que se estudia se limita al reconocimiento de las prestaciones sociales que el régimen aplicable tenga previstas para el servidor público³⁹. Así se desprende que lo dispuesto en el artículo 53 de la C.P., en tanto consagra el principio de la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos en las normas laborales.

Reconocimiento que acogiendo la tesis del H. Consejo de Estado, se hace a título de reparación del daño, razón por la cual se ordenará que al demandante se le pague el equivalente a las prestaciones sociales, incluyendo el derecho a vacaciones (compensación en dinero) que percibían los empleados públicos mediante relación legal y reglamentaria a dicha entidad, reconocimiento que debe hacerse con fundamento en los valores pactados por honorarios en cada uno de los contratos u órdenes de prestación de servicios celebrados.

El pago se percibirá por el período comprendido entre el 01 de febrero de 2001 hasta el 30 de noviembre de 2001.

La liquidación la efectuará la entidad demandada, según los parámetros antes dichos, la cual la actualizará conforme a la siguiente fórmula:

$$\begin{array}{c} \text{Índice final} \\ R = Rh \times \dots\dots\dots \\ \text{Índice inicial} \end{array}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (Vigencia a la fecha de ejecutoriada la sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses se pagarán en cuanto se den los supuestos de hecho previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

Así mismo, el tiempo de servicios, se tendrá en cuenta para efectos pensionales, razón por la cual la entidad territorial, deberá consignar en el Fondo o Entidad de Seguridad

³⁹ Más no la condición de empleado Público.

Social que elija el actor el valor de las cotizaciones dejadas de sufragar en el porcentaje correspondiente a cargo del empleador, durante el término de la vinculación laboral con el municipio de Sincelejo.

Igualmente, no hay lugar a declarar la prescripción como excepción de oficio, porque el término trienal de prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada⁴⁰. En igual sentido, se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Sucre en providencia del 4 de septiembre de 2014⁴¹ mediante la cual se apartó de la posición asumida por el H. Consejo de Estado a través de sentencia del nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014)⁴², en el entendido que el término extintivo de los derechos laborales de los trabajadores comienzan a correr una vez sean reconocidos, la que en los casos de contrato realidad, nacen con la sentencia, al ser la misma constitutiva del derecho que se reclama.

CONCLUSION:

El problema jurídico inicial es positivo puesto que en este caso se logró demostrar los elementos de la relación laboral, debiéndose ordenar el reconocimiento de las acreencias aquí requeridas, pero con las salvedades de rigor.

4. CONDENA EN COSTAS.

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Así las cosas, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP., y los parámetros

⁴⁰Sentencia del 19 de febrero de 2009. C. E. Ponente. Berta Lucía Ramírez. Expediente 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05), la Sección Segunda del Consejo de Estado ha venido señalando que: “En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.....; 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.” Tesis que ha sido reiterada entre otras en la sentencia del 1º de julio de 2009 expediente 47001-23-31-000-2000-00147-01(1106-08

⁴¹ Sentencia de Segunda Instancia de la Sala Primera de Decisión Oral- MP: Luis Carlos Álzate Ríos.- radicado: 2013-0018-01-accionante: Brenda Ildelfonsa Arias- accionado: municipio de Sincelejo.

⁴² Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección 2da- Subsección A- CP: Luis Rafael Vergara- Radicado: 20001-23-31-000-2011-00142-01(0131-13); Demandante: Rosalba Jiménez Pérez & Otros- Demandado: Departamento del Cesar.

establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso, en un porcentaje del 5%.

5. DECISIÓN:

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios 1.8-1413-09-2012 del 03 de septiembre de 2012⁴³; del oficio 1.8-1533-09-2012 del 17 de septiembre de 2012⁴⁴; y del acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo por medio del cual el municipio de Sincelejo, omitió resolver recurso de apelación⁴⁵ presentado contra el oficio 1.8-1533-09-2012 del 17 de septiembre de 2012, suscrito por el Doctor Jairo Alfonso Fernández Quesep, alcalde del municipio de Sincelejo, en cuanto negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del señor JOSÉ GABRIEL ESTRADA VERGARA, con fundamento en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR al Municipio de Sincelejo - Sucre a pagar al actor a título de reparación del daño, el valor equivalente a las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados públicos mediante relación legal y reglamentaria a dicha entidad, durante el período que prestó sus servicios, esto es, del 01 de febrero de 2001 hasta el 30 de noviembre de 2001, sumas liquidadas conforme al valor pactado en los contratos de prestación de servicios suscritos, que serán ajustadas conforme quedó expuesto en la parte motiva de esta providencia.

El tiempo laborado por la señor JOSÉ GABRIEL ESTRADA VERGARA, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios y/u órdenes laborales, se debe computar para efectos pensionales; en consecuencia, se condena al **MUNICIPIO DE SINCELEJO - SUCRE** a que consigne en el Fondo o Entidad de Seguridad Social que elija el actor el valor de las cotizaciones dejadas de sufragar durante el término de la vinculación laboral en el porcentaje correspondiente al empleador.

⁴³ Folio 19 - 20 del expediente.

⁴⁴ Folio 23 - 24 del expediente.

⁴⁵ Folio 21 - 22 del expediente.

TERCERO: NIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: CONDENASE en costas a la parte demandada, en un porcentaje del 5%, por Secretaría tásense.

QUINTO: La presente sentencia se cumplirá con arreglo a lo dispuesto por los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

SEXTO: En firme este fallo, devuélvase al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso. Efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS

JUEZ