

República de Colombia  
Rama Judicial



Distrito Judicial Administrativo de Sucre  
Juzgado Sexto Administrativo Oral de Sincelejo

Sincelejo, seis (6) de septiembre de dos mil trece (2013)

Referencia: Conciliación Extrajudicial en Derecho  
Radicado N°: 70-001-33-33-006-2013-00164-00  
Partes: Carmen Yira Rodríguez (convocante) y  
Departamento de Sucre (convocado).

Tema: Conciliación de derechos laborales de docente contratado por órdenes de prestación de servicios. Aprobación.

## 1. ANTECEDENTES

### 1.1. La solicitud de conciliación (fls. 1-4).

#### 1.1.1. Partes.

Convocante: Carmen Yuri Rodríguez Rodríguez, identificada con C.C. No. 64.748.594, quien actuó por conducto de apoderados (fls. 5, 25).

Convocado: Departamento de Sucre, quien actuó por conducto de apoderada judicial y representante legal delegada por el señor Gobernador del Departamento de Sucre (fl. 26-31).

#### 1.1.2. Objeto de la solicitud de conciliación prejudicial.

Que el convocado reconozca que entre él y la convocante, existió una relación laboral desde el 20 de febrero hasta el 16 de diciembre del año 2002 y del 1 de agosto hasta el 15 de diciembre de 2003, tiempo durante el cual la señora Carmen Yira Rodríguez, prestó sus servicios, como docente contratada mediante órdenes de prestación de servicios, por el Departamento de Sucre.

Que como consecuencia de lo anterior:

- a) Se le reconozca y pague, el 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, subsidio familiar, aportes a la seguridad social en pensiones.
- b) Se le reconozca el tiempo trabajado para efectos pensionales.
- c) Se le reintegre el dinero que se le descontó de su salario por concepto de retención en la fuente.
- d) Que el dinero que se le debe a la convocante se le pague indexado.
- e) Que se le paguen los intereses moratorios por cada uno de los emolumentos no cancelados a tiempo.
- f) Que se le pague la indemnización moratoria consagrada en la Ley 244 de 1995.

#### 1.1.3. Hechos relevantes (fl. 2).

La convocante prestó sus servicios como docente al Departamento de Sucre, de la planta docente de dicha entidad territorial, a través de órdenes de prestación de servicios, durante el tiempo comprendido entre el 20 de febrero al 16 de diciembre del año 2002 y el 1 de agosto y el 15 de diciembre de 2003.

La convocante desempeñó sus funciones bajo las órdenes de la administración del Departamento de Sucre, en idéntico calendario y jornada laboral que los demás funcionarios públicos del sistema educativo.

La entidad convocada, no le reconoció, liquidó ni pagó las prestaciones sociales consagradas en las normas legales vigentes para la época, en igualdad de condiciones en que lo hizo para los empleados públicos docentes.

## 1.2. Lo conciliado (fls. 39-41, 47-51).

Las partes conciliaron tales derechos en la suma de \$2.368.876, correspondiente a la liquidación de los siguientes conceptos (fls. 44-46):

- Prima de navidad: \$544.224
- Cesantías: \$837.229
- Intereses de cesantías: \$21.429
- Aportes a pensión con destino al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio \$965.994

En relación con la suma conciliada por concepto de pensión las partes estuvieron de acuerdo en que “la entidad territorial efectuará el procedimiento para que estos sean girados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. “Lo anterior, para que en el futuro cuando el solicitante cumpla con los requisitos de pensión, este bono pensional sea asumido por el fondo de prestaciones sociales del magisterio (...)”.

Las partes acordaron que el plazo para cumplir con la obligación es el establecido en el artículo 297 num. 2 y 298 inc. 2 de la Ley 1437 de 2011.

## 1.3. Concepto de la señora Procuradora 103 Judicial I Administrativo (fls. 50-51).

La señora Agente del Ministerio Público avaló la conciliación, luego de indicar que cumple con los requisitos de ley, está acorde con lo dicho por la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado, y está sustentada en pruebas suficientes.

## 2. CONSIDERACIONES.

2.1. Al juzgado le corresponde decidir si aprueba o no, la conciliación a que llegaron las partes. Por tanto se plantea como problema jurídico:

¿Es procedente aprobar la conciliación?

2.2. Para responder el anterior interrogante: i) se precisarán las subreglas jurisprudenciales relacionadas con el reconocimiento de la relación laboral para los docentes que prestan sus servicios mediante contratos u órdenes de prestación de servicios profesionales a entidades territoriales, y sobre la naturaleza de los derechos que deben restablecerse, ii) se analizarán las pruebas existentes en el expediente y iii) se concluirá en torno al problema jurídico planteado.

2.3. Subreglas jurisprudenciales de la sección segunda del H. Consejo de Estado, sobre el reconocimiento de la relación laboral a quienes prestan sus servicios docentes por contratos u órdenes de prestación de servicios a órdenes de entidades territoriales. Restablecimiento del derecho.

Según la jurisprudencia del H. Consejo de Estado -Sección Segunda, acogida por este juzgado, es de naturaleza laboral la verdadera relación jurídica que existe entre los docentes y las entidades territoriales que contratan sus servicios mediante el contrato de prestación de servicios profesionales establecido en la Ley 80 de 1993 u órdenes de prestación de servicios, dado que, es de la esencia de la prestación del servicio docente oficial, el elemento de la subordinación, que a su vez es un elemento de la relación laboral, ajeno a la relación administrativa contractual.

En efecto, en la sentencia C-154 de 1997, la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 precisó que dicho elemento, el de la subordinación, es lo que diferencia la relación laboral de la relación jurídica propia de un contrato administrativo estatal.

Por su parte, sobre el elemento subordinación, la Sección 2ª del H. Consejo de Estado ha afirmado como tesis pacífica y reiterada, que la subordinación es de la esencia de la prestación del servicio docente oficial, por tanto el servicio docente que las entidades públicas contratan a través de órdenes o

contratos de prestación de servicios se desarrolla como una relación laboral<sup>1</sup>.

Así las cosas y conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, se concluyó en la providencia citada en el pie de página, que existe una relación laboral, que impone la especial protección del Estado en igualdad de condiciones a la de los docentes de planta, según términos de los artículos 13 y 25 de la Carta Política.

Sobre la naturaleza de los derechos a restablecerse en providencia proferida el 17 de abril de 2008 por la Sección Segunda, Subsección "A" del H. Consejo de Estado, C.P. Dr. Jaime Moreno García, dentro del radicado No. 54001-23-31-000-2000-00020-01 (2776-05), se replanteó la naturaleza del restablecimiento de los derechos en esos casos, y se sostuvo que debe ordenarse el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales reconocidas a los empleados de la entidad. Esta tesis ha sido reiterada pacíficamente por dicha Corporación en sentencias posteriores, en las que se hizo una diferencia entre prestaciones sociales comunes y compartidas como las de la seguridad social, es decir pensión, salud y riesgos profesionales. De igual manera se ha abierto la posibilidad de compensar o indemnizar otros que debieron satisfacerse mediante la prestación de un servicio al trabajador, que es imposible o inoficioso suministrar en el presente.

En efecto, en algunos casos, el Consejo de Estado ha dicho que el contratista-trabajador que cotizó al sistema de pensión y salud, tiene derecho a título de reparación del daño, a que se le devuelvan los porcentajes de cotización que el empleador debió trasladar a los fondos durante el tiempo de servicio acreditado, y que el trabajador-contratista canceló. Pero para ello, a juicio de algunas providencias de dicha corporación y del juzgado, debe demostrar que realizó el correspondiente aporte.

---

<sup>1</sup> Sentencia proferida el 20 de enero de 2011, dentro del radicado No. 08001-23-31-000-2003-00454-01 (0015-08), Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", M.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

Simultáneamente e independientemente de lo anterior -es decir, de si prueba o no que cotizó al sistema-, en algunas providencias del H. Consejo de Estado, citadas en el pie de página, se ha declarado que el tiempo trabajado mediante la modalidad de contrato de prestación de servicios debe computarse para efectos pensionales<sup>2</sup>.

En otras simplemente ha ordenado que se le reconozca el tiempo laborado para efectos pensionales, para lo cual la entidad contratante debe hacer las cotizaciones correspondientes<sup>3</sup>.

En otros eventos solamente ha ordenado pagarle al trabajador a título de reparación del daño los porcentajes de las cotizaciones correspondientes a salud y pensión que debió trasladar a las entidades de seguridad social respectivas durante el periodo que prestó sus servicios, sin ordenar que se reconozca el tiempo trabajado para efectos pensionales<sup>4</sup>.

En todo caso, para el juzgado, el empleado en esos casos y en todo caso tiene derecho a que se le reconozca el tiempo trabajado para efectos pensionales, evento en el que el empleador debe trasladar al fondo de pensiones que el empleado escoja, la suma que equivalga a las cotizaciones y/o al tiempo trabajado. Lo demás, es decir la devolución de los porcentajes de las cotizaciones a pensión que debió hacer el empleador y que el trabajador hizo en su defecto, depende de que demuestre que éste hizo las correspondientes cotizaciones y quiera que se le devuelva ese dinero. Esto último no es un derecho mínimo laboral, por ende es renunciable y conciliable.

Finalmente sobre salud, considerando que en vigencia de la relación laboral ello se traduce en la prestación de un servicio en el evento en que el trabajador lo necesite o se cumplan determinados supuestos, su satisfacción años después de concluida la relación laboral no puede ser de

<sup>2</sup> Sentencia del 19 de febrero de 2009. C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez, expediente radicado con el No. 73001-23-31-000-2000-03449-01 (3074-05). Sentencia del 4 de marzo de 2010. Sección Segunda, Subsección A, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente radicado con el No. 85001-23-31-000-2003-00015-01 (1413-08).

<sup>3</sup> Sentencia del 23 de septiembre de 2010, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón, radicado No. 08001-23-31-000-2003-03060-01 (0372-09).

<sup>4</sup> Sentencia del 1 de julio de 2009, Sección Segunda, Subsección B, expediente radicado con el No. 47001-23-31-000-2000-00147-01 (1106-08).

manera directa, sino de modo indirecto, es decir, a través de una indemnización de perjuicios, si se demuestra que el trabajador sufrió daño alguno por no estar afiliado al sistema correspondiente.

#### 2.4. Prestaciones sociales comunes u ordinarias de los docentes territoriales.

Según el artículo 115 de la Ley 115 de 1994 o Ley General de Educación, el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en dicha ley (115/94), que en ese mismo artículo dispuso *“En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.”*

El artículo 15 de la Ley 91 de 1989<sup>5</sup>, estableció que a partir de su vigencia, el personal docente que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales, se regirá por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, D. 1848 de 1969 y D. 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esa ley.

Con base en dicha norma los docentes vinculados, en término generales, tienen derecho a las siguientes prestaciones sociales comunes, siempre que cumplan sus requisitos:

- i) Vacaciones o compensación de las vacaciones proporcionales al tiempo trabajado<sup>6</sup>.
- ii) Cesantías, proporcional al tiempo de servicio.
- iii) Intereses de cesantías, proporcional al tiempo de servicio.

<sup>5</sup> “Por la cual se crea el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio”. La Ley 812 de 2003, referida al Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 aludió al régimen prestacional de los docentes oficiales en el sentido de que es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la vigencia de dicha ley. Sentencia C-506 de 2006.

<sup>6</sup> Sentencia del 28 de abril de 2010, Sala Plena, Sección Segunda, expediente radicado No. 25000-23-25-000-2002-05995-01 (0594-05), C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

- iv) Prima de navidad (D. 3135/68, art. 11, D. 1848/69 art. 51, D. 1045/78 art. 5), proporcional al tiempo de servicio.
- v) Subsidio familiar (Ley 21 de 1982), en dinero, en especie y en servicios.
- vi) A la prima de vacaciones tienen derecho por lo dispuesto en el Decreto 1381 de 1997, a partir de la vigencia de esta norma.
- vii) A la dotación o su compensación en dinero, tienen derecho por lo dispuesto en la Ley 70 de 1988 y el Decreto 1978 de 1989, siempre que cumplan los requisitos para ello<sup>7</sup>, como quiera que se trata de una prestación social creada a favor de los empleados públicos del orden nacional antes de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989.

Las anteriores prestaciones, una vez demostrado que se causaron, no son conciliables, ni mientras subsiste el vínculo laboral ni posteriormente, ya que se trata de derechos mínimos ciertos e indiscutibles.

Sin embargo, ello es claro para los docentes que son vinculados en legal forma y no a través de contratos u órdenes de prestación de servicios, pues para estos la sola prestación del servicio docente así beneficie al Estado, y a pesar de que se califique como relación laboral no le da a la persona el estatus de empleado público, dado que, para esto se requiere que él acceda a la función pública, cumpliendo con los requisitos establecidos para ocupar el cargo; por eso hasta el momento en la mayoría de las sentencias del H. Consejo de Estado que se ha declarado la nulidad de actos administrativos que en esos casos niegan la relación laboral y prestaciones sociales, no se ha declarado como restablecimiento del derecho que existió una relación laboral; de allí también, que el restablecimiento del derecho siempre tiene limitaciones teóricas y prácticas que impiden equiparar en derecho a ambos trabajadores<sup>8</sup>, tantas que, la unanimidad del H. Consejo de Estado en esta clase de litigios ha estado en afirmar los siguientes puntos:

---

<sup>7</sup> Que la remuneración mensual sea inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente, que haya cumplido más de tres (3) meses ininterrumpidos al servicio de la entidad empleadora.

<sup>8</sup> Sentencia C-555 de 1994 de la H. Corte Constitucional.

- Que lo que se da en la realidad es una relación laboral.
- Que se le deben reconocer las prestaciones sociales comunes al docente contratado por OPS.

No ha existido claridad ni unanimidad en relación con cuáles concretamente son esas prestaciones sociales comunes que se les deben reconocer y pagar a los docentes contratados o vinculados por órdenes o contratos de prestación de servicios.

Así las cosas, flexibilizando la tesis afirmada anteriormente por el juzgado, es esta providencia se reitera el cambio de tesis del juzgado, y se afirma que la función del juez de velar porque los acuerdos conciliatorios celebrados por las partes para acabar litigios de esa naturaleza no menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos, en esta clase de litigio, debe partir de que lo único cierto y mínimo para los docentes que son vinculados de esa manera, según las fuentes formal del derecho vigente, es lo afirmado pacíficamente por el H. Consejo de Estado.

De modo que, sobre el auxilio de transporte y la prima de alimentación, emolumentos sobre los cuales ha estado el debate y diferencias entre partes, conciliadores y jueces, se precisa lo siguiente.

Ellos son unas sumas de dinero que a través de decretos salariales el Gobierno establece anualmente, para los empleados que devengan hasta una asignación básica determinada. Ellos son factores salariales para liquidar algunas prestaciones sociales, como por ejemplo, las vacaciones y la prima de vacaciones (art. 17 Decreto 1045/78). Su naturaleza por tanto, desde el punto de vista de la fuente del derecho es salarial, y en ese sentido podría afirmarse la tesis de que deben excluirse del restablecimiento del derecho que se ordena a favor de quienes son contratados por OPS, ya que a ellos según la jurisprudencia solamente se le deben prestaciones sociales, no factores salariales.

Sin embargo, la conclusión también puede ser diferente si se analiza el asunto con fundamento en los artículos 25 y 53 de la C.P. y el principio de la reparación integral, y se considera que dichos pagos no retribuyen directamente la fuerza de trabajo, pues su fin es auxiliar al trabajador en la satisfacción de las necesidades básicas de transportarse y alimentarse para prestar oportuna y satisfactoriamente su fuerza de trabajo.

Por esta situación, puede ser objeto de reconocimiento por parte de la administración, por ende de conciliación, pero si no son incluidos, el derecho del docente contratado en OPS, en consideración a lo expuesto, no debe ser valorado como cierto y mínimo, en sede de conciliación.

Lo mismo ocurre con la compensación de las vacaciones, ya que su fuente para los docentes está en un decreto que fija prestaciones sociales, luego se puede calificar como una de estas, sin embargo el H. Consejo de Estado en sentencia del año 2009<sup>9</sup>, genera una duda, ya que, al precisar que las vacaciones no son una prestación social, y al condenar solamente al pago de prestaciones sociales, pareció dejar por fuera el derecho del trabajador a recibir su compensación en dinero, lo cual con el mismo argumento de la reparación integral (art. 16 Ley 446/98) y de la irrenunciabilidad de los derechos mínimos laborales (art. 53 C.P.) procedería, independientemente de que se le dé o no la calidad de prestación social.

Así las cosas, se afirma que la compensación de las vacaciones si bien es un derecho mínimo e irrenunciable según las fuentes legales para los docentes vinculados en legal forma, no tienen esa naturaleza para los docentes vinculados por OPS pues al respecto no existe fuente legal, y la jurisprudencia del H. Consejo de Estado no ha sido clara al referirse a ello.

## 2.5. Análisis probatorio.

---

<sup>9</sup> Sección Segunda, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia del 19 de febrero de 2009, expediente radicado No. 73001-23-31-000-2000-03449-01 (3074-05).

En el expediente está demostrado que la convocante prestó su servicio docente al Departamento de Sucre, en virtud de las siguientes órdenes de prestación de servicios:

| Año  | Periodo                              | Folio(s)                          |
|------|--------------------------------------|-----------------------------------|
| 2002 | Del 20 de febrero al 20 de mayo      | 14, 19-20 copia simple - original |
|      | Del 21 de mayo al 28 de junio        | 15, 19-20 copia simple - original |
|      | Del 15 de julio al 15 de octubre     | 16, 19-20 copia simple - original |
|      | Del 16 de octubre al 16 de diciembre | 19 - 20 original                  |
| 2003 | Del 1 de agosto al 30 de octubre     | 17, 19-20 copia simple – original |
|      | Del 4 de noviembre al 15 de diciemb. | 18, 19-20 copia simple – original |

Total tiempo laborado: Año 2002: 9 meses y 13 días

Año 2003: 4 meses y 12 días

Como contraprestación por el servicio prestado en cada una de las órdenes de prestación de servicios, se pactó lo siguiente:

| Año  | Periodo                              | Valor de la OPS                     | Folio |
|------|--------------------------------------|-------------------------------------|-------|
| 2002 | Del 20 de febrero al 20 de mayo      | De acuerdo al grado 7 del escalafón | 14    |
|      | Del 21 de mayo al 28 de junio        | De acuerdo al grado 7 del escalafón | 15    |
|      | Del 15 de julio al 15 de octubre     | De acuerdo al grado 7 del escalafón | 16    |
|      | Del 16 de octubre al 16 de diciembre | No hay prueba de ello               |       |
| 2003 | Del 1 de agosto al 30 de octubre     | De acuerdo al grado 7 del escalafón | 17    |
|      | Del 4 de noviembre al 15 de diciemb. | \$683.480 mensuales                 | 18    |

De conformidad con el artículo 1 del Decreto 0688 de 2002<sup>10</sup> y artículo 1 del Decreto 3621 de 2003<sup>11</sup>, los años 2002 y 2003 la asignación básica de un docente escalafonado en el grado 7 fue de \$683.480 para el año 2002 y \$727.292 para el año 2003, respectivamente.

En síntesis está probado que, la convocante prestó personalmente sus servicios docentes esos períodos, en virtud de órdenes de prestación de

<sup>10</sup> Por el cual se modifica la remuneración de los servidores públicos sometidos al régimen especial del Estatuto Docente y se dictan otras disposiciones de carácter salarial para el sector educativo oficial.

<sup>11</sup> Por el cual se modifica la remuneración de los servidores públicos docentes y directivos docentes del Estado en los niveles preescolar, básica y media y se dictan otras disposiciones de carácter salarial para el sector educativo oficial.

servicios dadas por el Departamento de Sucre, y como contraprestación recibió una suma de dinero<sup>12</sup>, no recibió prestaciones sociales.

De modo que, entre la convocante y el Departamento de Sucre existió una relación laboral, durante el tiempo señalado en el numeral anterior, en que la primera prestó sus servicios como docente, en virtud de órdenes de prestación de servicios dadas por dicha entidad territorial; por tanto, las órdenes de prestación de servicios que sirvieron de fuente a esa relación ocultaron una relación laboral, desconociendo el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades pactadas por los sujetos de la relación laboral consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, y las subreglas del H. Consejo de Estado- aplicadas uniformemente en casos similares al presente.

## 2.6. Conclusión.

Con base en todo lo expuesto, la conclusión al problema jurídico planteado es que sí es procedente aprobar la conciliación extrajudicial a la que llegaron el Departamento de Sucre y la señora Carmen Yuri Rodríguez Rodríguez.

Lo anterior, porque la conciliación cumple los requisitos legales formales, dado que:

- El acuerdo fue formulado a través de personas con capacidad para representar legalmente a la entidad convocada, previa reunión del comité de conciliación y a través de apoderado judicial; igualmente la convocante estuvo representada en ese acuerdo por su apoderada judicial facultada para conciliar.
- No operó la caducidad de la acción, ya que la administración en el oficio indicado en la solicitud de conciliación no decidió de fondo la petición.
- La conciliación tiene sustento probatorio.

---

<sup>12</sup> Frente a este hecho, la parte convocada no se opuso en la audiencia de conciliación.

- El asunto es conciliable, dado que es de naturaleza particular, la conciliación no es lesiva para el patrimonio público, no es violatoria de las fuentes del derecho establecidas en el artículo 230 de la Constitución Política, entendiendo a la jurisprudencia como fuente obligatoria solamente en cuanto a las tesis sostenidas de manera uniforme en varias providencias.

### 3. DECISIÓN.

Se aprueba la conciliación lograda entre la señora Carmen Yuri Rodríguez Rodríguez y el Departamento de Sucre el 20 de junio de 2013 en la Procuraduría 103 Judicial I para Asuntos Administrativos, radicada en ésta con el No. 2983 - 2013

Mary Rosa Pérez Herrera  
Jueza