

DOCENTE – Prestación personal – Subordinación

Así las cosas, se tiene que la labor docente no es independiente, sino que el servicio se presta personalmente y está subordinado al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación. Así lo ha manifestado en reiteradas oportunidades esta Corporación:

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

CONTRATO DE TRABAJO – Diferencias – Contrato prestación de servicios – Prestación personal – Subordinación laboral – Remuneración – Prestaciones sociales

«[...] 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.

[...]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.»

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil diez (2010).

Radicación número: 08001-23-31-000-2003-00709-01(0954-09)

Actor: YANETH PACHECO PERTUZ

Demandado: DISTRITO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandado, contra la sentencia del 20 de noviembre de 2008, por la cual el Tribunal Administrativo del Atlántico accedió parcialmente a las súplicas de la demanda instaurada por YANETH PACHECO PERTUZ contra el Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla.

LA DEMANDA

YANETH PACHECO PERTUZ, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo del Atlántico declarar la nulidad del siguiente acto:

- Oficio de 25 de noviembre de 2002, proferido por la Secretaría de Educación, Cultura y Deporte que negó el pago de todos los factores salariales, y prestacionales, durante el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 1999 y el 9 de enero de 2001.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar al demandado a:

- Reconocer y pagar las diferencias salariales entre los meses de enero y diciembre con relación a lo devengado por los docentes estatales, puesto que, a ellos se les paga 12 meses al año y a la actora 10 meses.
- Pagar los salarios dejados de cancelar para el año 2000 de los meses de abril a noviembre, primas, media prima, cesantía intereses a cesantías, dotación de calzado y uniformes, subsidios familiar, de transporte y de alimentación, vacaciones, bono pensional, pago de cuotas correspondientes a seguridad social, los salarios moratorios a que hubiere lugar por el no pago oportuno de las prestaciones sociales y la correspondiente indemnización al haber sido desvinculada, sin justa causa.
- Pagar la indemnización de perjuicios materiales y morales y demás emolumentos dejados de recibir desde la fecha de su desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrada, incluyendo el valor de los aumentos que se hubiesen decretado con posterioridad a dicho retiro del servicio.
- Reintegrarla con efectividad a la fecha de la desvinculación del "*contrato verbal de trabajo*", que ostentaba ante el Distrito de Barranquilla, de acuerdo al grado de Escalafón que ocupaba, o a otro de igual o superior categoría.
- Actualizar la condena de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A, desde la fecha en que se hizo exigible hasta la fecha de ejecutoria de la providencia que ponga fin al proceso.
- Declarar que no existió solución de continuidad para todos los efectos legales.
- Dar cumplimiento a la sentencia dentro de los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

Prestó sus servicios como docente de Básica Primaria en el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, por intermedio de la Secretaría de Educación entre el 1º de febrero de 1999 y el 9 de enero de 2001, bajo la modalidad de orden verbal.

Mediante Circular No. 002 del 9 de Enero de 2001, la Secretaría de Educación Distrital, ordena a los Rectores o Directores de los Centros Educativos de su Jurisdicción, no asignarles carga académica a los Docentes Populares o Comunitarios, a partir de la fecha de expedición de ésta.

Previa petición de la actora, la Secretaria de Educación Distrital el 25 de noviembre de 2002 manifestó que se encuentra demostrada la existencia de un contrato de prestación de servicios, regulado en la Ley 80 de 1993.

La última asignación devengada fue de \$566.295, ostentando el grado 7º del escalafón.

LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 5, 6, 13, 15, 21, 25, 42, 48, 53, 90.

Del Código Contencioso Administrativo, el artículo 86.

Del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 22, 23, 24, 37, 38, 43, 44, 45, 47, 55, 56, y 64.

Del Código Civil, los artículos 1613, 1614, 1615 y 1617.

La demandante considera que el acto acusado está viciado de nulidad, por las siguientes razones:

El Estado se encuentra obligado a asegurar que las relaciones laborales se desenvuelvan en condiciones justas y dignas, así como de velar por el permanente respeto de las garantías mínimas por parte de los empleadores sean públicos o privados.

Desde el punto de vista de la actividad material que ejecutan los docentes temporales, no parece existir diferencia entre estos y los empleados de planta.

Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando se configuren los elementos de una relación de trabajo.

En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la prestación efectiva del trabajo, por si sola es suficiente para derivar derechos a favor del trabajador los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla acudió oportunamente a dar contestación a la demanda, oponiéndose en su escrito a todas y cada una de las pretensiones propuestas, con los siguientes argumentos (Fls. 36 a 38):

La actuación de la administración está fundada en razones del buen servicio, en criterios de razonabilidad y proporcionalidad y prevalencia del interés general, conforme a lo previsto por la Constitución Nacional.

No es posible ordenar el pago a la accionante de los factores salariales, y prestaciones, pues no tuvo vinculación legal y reglamentaria con el Distrito de Barranquilla.

No se realizaron contrataciones irregulares como lo afirma la actora, toda vez que la entidad actuó de acuerdo a las normas legales y cumpliendo con los fines del Estado, como son servir a la comunidad contratando docentes temporales para cubrir las necesidades educativas, hasta que en forma definitiva se pueda incrementar la planta del Distrito.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante sentencia del 20 de noviembre de 2008, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, (i) declarando la nulidad del oficio atacado, (ii) ordenando el pago de las prestaciones sociales, entre el 1º febrero de 1999 y el 30 de noviembre de 2000, y (iii) declarándose inhibido para pronunciarse sobre las demás pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos (Fls. 119 a 137):

En el acto acusado se consignó que el vínculo trabado entre la demandante y el Distrito de Barranquilla se dio a través de un contrato de prestación de servicios regulado por la Ley 80 de 1993, por lo tanto no le asiste la razón a la accionante cuando afirma que su relación estaba sujeta a un contrato verbal de trabajo.

La labor docente no es independiente, sino que el servicio se presta personalmente y está subordinado al cumplimiento de los elementos propios del servicio público de la educación.

La reiterada conducta omisiva asumida por el ente territorial demandado, el cual no expidió la certificación requerida en el proceso permite inducir que la actora cumplía funciones similares a las ejecutadas por los demás docentes del Distrito de Barranquilla.

Adoptar una posición contraria, esto es, interpretar el silencio del demandado a su favor, sería desventajoso para los administrados, quienes no tendrían herramientas para hacer valer sus derechos en aquellos eventos en que las pruebas que les sirvan de soporte a los mismos no se alleguen al proceso por razones imputables a la entidad pública que las tenga en su poder.

A pesar de evidenciarse la relación laboral, y que la actora se encontraba en la misma situación de hecho con relación a los otros educadores incorporados a la planta de personal de la entidad, no podría la misma alcanzar la calidad de empleada pública, ya que para esto era necesario que hubiera tomado posesión del cargo, que la planta de personal contemplara el empleo y que existiera disponibilidad presupuestal para atender el servicio.

A título de indemnización ordenó reconocerle a la demandante el valor de las prestaciones sociales devengadas por los empleados públicos docentes del Distrito, tomando en cuenta las sumas pagadas por el demandado a la actora durante el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 1999 al 30 de noviembre de 2000, pues, sólo durante este lapso acreditó la prestación del servicio.

En relación con las pretensiones de reintegro, reconocimiento de indemnización por despido injusto y de salarios moratorios, como también de salarios por los meses de diciembre del año de 1999 y enero de 2000 y abril a noviembre del año 2000, teniendo en cuenta que la actora no aportó copia del escrito petitorio que dio lugar a la expedición del acto impugnado, no es posible determinar si con respecto a ellas, se agotó o no la vía gubernativa, por lo tanto, no habrá lugar a pronunciarse sobre el fondo de éstas.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla sustentó el recurso de apelación contra la sentencia del *a quo*, con los siguientes argumentos (Fls. 139 a 142):

Los elementos de juicio esgrimidos por el *a quo*, contrarían la normatividad vigente, al reconocer a la demandante a título de indemnización, prestaciones sociales devengadas por empleados públicos docentes del Distrito de Barranquilla, teniendo en cuenta que la actora no se encontraba vinculada con la administración mediante nombramiento legal.

El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades no tiene la virtualidad de ampliarse hasta conceder a favor de la actora unas prestaciones sociales, pues ellas nacen para quienes por cumplir las formalidades sustanciales, alcanzan la condición de servidores públicos.

Asimismo está plenamente demostrado dentro del proceso que no existió vínculo laboral entre la demandante y el Distrito.

Los contratos de prestación de servicios no generan relación laboral ni prestaciones sociales, se celebran estrictamente por el término indispensable, conforme a la interpretación y aplicación del artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993.

CONSIDERACIONES

El marco de juzgamiento que delimita la segunda instancia lo constituye la inconformidad de la apelante, que en este caso se restringe a que, no existió entre la actora y el Distrito relación laboral, toda vez que su vínculo fue en virtud de contratos de prestación de servicios, razón por la cual, la Sala centrará su análisis únicamente en este aspecto.

El problema jurídico a resolver por esta Sala se contrae a establecer si entre el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, y la demandante existió un vínculo laboral, y si como consecuencia de ello, tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones dejadas de percibir con ocasión de ese vínculo.

La Sala encuentra probado lo siguiente:

- Por Resolución No. 0037 de 26 de febrero de 1999, emanada de la Junta Seccional de Escalafón del Distrito de Barranquilla, se inscribió a la demandante al grado séptimo del Escalafón Nacional Docente (Fl. 24).
- La Secretaría Distrital de Educación, Fondo Educativo Regional, mediante Circular No. 0002 del 9 de enero de 2001 solicitó a los Rectores y Directores de Colegios C.E.B, C.P.I Educativos del Distrito de Barranquilla la abstención de asignar carga académica a docentes no vinculados legalmente, llámense, “educadores populares, comunitarios contratados” a partir de las actividades académicas de 2001. “(...) *la inobservancia de la presente directriz, traerá consigo como consecuencia a quien no lo acate, la responsabilidad única y exclusiva, en el pago de salarios y prestaciones que llegare a reclamara cualquier docente*”. (Fl. 27).
- La Rectora del Colegio Distrital Calixto Álvarez mediante certificación del 11 de mayo de 2001 manifestó:

“YANETH PACHECO PERTUZ (...) licenciada en Supervisión Educativa laboró en este Plantel Educativo desde el mes de febrero de 1999 hasta el 30 de noviembre de 2000 como Docente contratada de tiempo completo en la Jornada Matinal” (subrayado fuera de texto). (Fl. 25)

- Mediante Oficio de 25 de noviembre de 2002, la Secretaría de Educación Distrital le comunicó a la actora la negativa del reconocimiento de sus factores salariales y prestacionales, puesto que no tuvo vinculación legal y reglamentaria con el Distrito de Barranquilla conforme a la Ley 115 de 1994 (Fl. 28).
- La Directora de la Previsora S.A, Oficina de Barranquilla mediante Oficio del 28 de marzo de 2006 manifestó:

“(...) revisadas las relaciones de nóminas de docentes o educadores populares canceladas por Fiduprevisora S.A correspondientes a los años de 1998, 1999 y 2000, YANETH PACHECO PERTUZ, aparece relacionada en las canceladas mediante el siguiente egreso:

Comprobante de egreso número 164921 de 07-07-2000. (Fl. 84).

(...) es de aclarar que en algunos de los egresos que reposan en nuestros archivos, no se encuentran las nóminas detalladas, por lo cual, no se puede verificar si en las mismas se encuentra el Educador solicitado". (Fl. 82).

- A folio 98 obra la liquidación de prestación de servicios de los docentes populares por el período de febrero y marzo de 2000, suscrita por la Alcaldía Distrital de Barranquilla, Secretaría de Educación, en la cual, se encuentra que la actora devengó sueldo básico y prima de alimentación.

Teniendo en cuenta lo anterior, procede la Sala a establecer el marco jurídico que regula el tema, para determinar si la actora cumple con los presupuestos necesarios que le dan la calidad de educadora popular.

DE LOS EDUCADORES POPULARES

Mediante el Decreto 3031 de 27 de diciembre de 1989, publicado en el Diario Oficial No. 39.120, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 12 del artículo 120 de la Constitución Política estableció las normas sobre la adjudicación de las Plazas bonificadas para atender los Programas de Educación de Adultos.

Consagró en cabeza del Ministerio de Educación Nacional la adjudicación, según las necesidades de las Plazas a los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Distrito Especial de Bogotá con base en los proyectos, programas y convenios en Educación de Adultos presentados por los Coordinadores Regionales, según el artículo 1 mencionado.

Por su parte, el artículo 2 estableció que la asignación de funciones se hará a través de los Coordinadores para prestar servicios en el desarrollo de actividades de Alfabetización, Post-alfabetización, Educación Básica Primaria o en Programas de interés a la comunidad de Centros de Educación de Adultos y/o Unidades de Alfabetización sin que en ningún caso la selección de **Educadores Populares** pueda realizarse por entidad distinta a las Secretarías de Educación.

Ahora bien, en relación con la **bonificación mensual** para los educadores el mismo decreto lo definió en su artículo 3 como: *"(...) la compensación económica que recibe un Educador Popular de Adultos, por prestar sus servicios en Programas de Educación de Adultos fomentados por el Ministerio de Educación Nacional."*

Así mismo, para efectos del pago de la bonificación de los educadores populares se hará por el tiempo laborado, previa certificación del Coordinador del Centro de Educación de Adultos o la autoridad educativa inmediata.

A su vez, el reconocimiento de la bonificación la reguló el artículo 6 del Decreto 3031 de 1989, estableciendo que se hará mensualmente mediante resolución, previo el lleno de los requisitos legales.

Posteriormente, se expidió el Decreto 3011 de 19 de diciembre de 1997, mediante el cual el Presidente de la República desarrolló la normativa para regular la labor de la Educación de Adultos sin que el artículo 44¹ haya derogado expresamente el Decreto 3031 de 1989.

¹ Artículo 44. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias, en especial el Decreto 428 de 1986 y las resoluciones 9438 de 1986, 13057 de 1988 y 5091 de 1993.

En tal sentido, estipuló como un servicio público educativo la Educación de Adultos, ya sea formal, no formal o informal y dispuso que se regirá por lo dispuesto en la Ley 115 de 1994, sus decretos reglamentarios, en especial los Decretos 1860 de 1994, 114 de 1996 y en las normas que los modifiquen o sustituyan y lo previsto de manera especial en ese decreto, artículo 1 ibídem.

En este orden de ideas, se entenderá como educación para adultos, el conjunto de procesos y de acciones formativas organizadas para atender de manera particular las necesidades y potencialidades de las personas que por diversas circunstancias no cursaron niveles grados de servicio público educativo, durante las edades aceptadas regularmente para cursarlos o de aquellas personas que deseen mejorar sus aptitudes, enriquecer sus conocimientos y mejorar sus competencias técnicas y profesionales, así lo dispuso el artículo 2 del Decreto en mención.

En desarrollo de lo anterior, la Organización General de la Educación de Adultos quedó prevista en el artículo 5 del Decreto 3011 de 1997 que preceptuó lo siguiente:

“Artículo 5º. La educación de adultos ofrecerá programas de:

- 1. Alfabetización.*
- 2. Educación básica.*
- 3. Educación media.*
- 4. Educación no formal.*
- 5. Educación informal.”*

En relación con los fines y objetivos de la Educación de Adultos, el artículo 6 ídem estableció que:

“Para efectos del presente decreto la alfabetización es un proceso formativo tendiente a que las personas desarrollen la capacidad de interpretar la realidad y de actuar, de manera transformadora, en su contexto, haciendo uso creativo de los conocimientos, valores y habilidades a través de la lectura, escritura, matemática básica y la cultura propia de su comunidad.

*El proceso de alfabetización hace parte del ciclo de educación básica primaria y su propósito fundamental es el de vincular a las personas adultas al servicio público educativo y **asegurar el ejercicio del derecho fundamental a la educación y la consecución de los fines de la educación consagrados en el artículo 5º de la Ley 115 de 1994.**”(Negrillas y Subrayas)*

Por otro lado, el Ministerio de Educación Nacional será el encargado de dar los lineamientos generales de los procesos curriculares del servicio público educativo para las instituciones educativas que ofrezcan programas de educación básica formal de adultos, así lo previó el artículo 15 ibídem.

Respecto de la vinculación de los Docentes de la Educación Formal de Adultos, se efectuará de conformidad con lo establecido en el Decreto-Ley 2277 de 1979, las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994 y normas reglamentarias.

“Artículo 33 “(...) En cualquier caso, los centros de educación de adultos de carácter estatal, podrán atender la prestación del servicio, con educadores de tiempo completo que reciben una bonificación por el servicio adicional a su jornada laboral, de acuerdo con lo dispuesto en las normas legales sobre el particular o según lo establecido por cada entidad territorial, en su respectivo plan de desarrollo educativo territorial.”(Destacado)

En cuanto a los Planes de Educación el artículo 40 ibídem estableció lo siguiente:

*“Artículo 40. La Nación y las **entidades territoriales** definirán en sus respectivos planes de desarrollo educativo y decenal, los programas y proyectos necesarios para la atención educativa de las personas adultas, cuya financiación se atenderá de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994.*

Las instituciones que ofrezcan educación formal de adultos, podrán ser objeto de las líneas de crédito, estímulos y

Apoyo establecidas por el artículo 185 de la Ley 115 de 1994, de conformidad con las normas que lo reglamenten.”(Negrillas y Rayas)

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala encuentra que si bien la demandante aparece en la nómina de liquidación de pagos de los docentes populares de febrero y marzo de 2000, no existen otros elementos que otorguen certeza para concluir que cumplía con los presupuestos anteriormente trazados, sin embargo, según las certificaciones arrimadas en el proceso se evidencia que fue vinculada como “docente contratada” de tiempo completo por la Secretaría de Educación Distrital durante los años 1999 y 2000, e indistintamente en el acto demandado proferido por la misma se estableció que la relación entre las partes fue a través de contrato de prestación de servicios, lo que permite concluir que su contratación fue bajo los parámetros del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como Docente, por lo que pasa ahora la Sala analizar esta circunstancia.

DE LA SITUACION DE LOS DOCENTES

El Decreto 2277 de 1979, definió la labor docente y en su artículo 2, dispuso:

“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 conserjería de educación 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.”.

Esta definición de la labor docente fue reafirmada por el artículo 104 de la Ley General de Educación, Ley 115 de 1994, al señalar que” *El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos.*”

Así las cosas, se tiene que la labor docente no es independiente, sino que el servicio se presta personalmente y está subordinado al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación. Así lo ha manifestado en reiteradas oportunidades esta Corporación²:

“De lo anterior se infiere, que pertenece a la 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 pénsum académico y al calendario escolar.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 23 de octubre de 2008, Consejero Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón, expediente No. 0407-2007, actor: Ismael Muñoz Sandoval.

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.”.

Por tanto, es claro para la Sala que la subordinación y la dependencia se encuentran insitas en la labor que desarrollan los docentes; es decir, son consustanciales a su ejercicio.

Al respecto la Corte Constitucional, en sentencia C-555 de 1994, expresó:

“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. Si 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 en los aspectos principales (remuneración, prestaciones, derechos y obligaciones), es más favorable para los docentes empleados públicos.”.

(...)

“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 a 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.”.

Ahora bien, en relación con las diferencias entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios la Corte Constitucional, en Sentencia C-154 de 1997, expresó claramente lo siguiente:

“Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que 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 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 la 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 sensú, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o

dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante en impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de un 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.”.

Al respecto, en sentencia de 15 de junio de 2006, Consejero Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante, se 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. (...)”

Así las cosas, observa Sala, que la demandante se encontraba en la misma situación de hecho predicable de los educadores incorporados a la planta de personal de la entidad territorial, pues cumplía los tres elementos esenciales de una relación laboral, a pesar de haber sido vinculada mediante contrato de prestación de servicios.

Esta Corporación ha sido clara en establecer, que a los docentes vinculados mediante contratos u órdenes de prestación de servicios, se les debe reconocer a título reparación del daño³, 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.

Aunque no reposan los contratos de prestación de servicios, la certificación antes referenciada evidencia la existencia de una relación laboral subordinada, fundada en que la actora al desempeñar las funciones docentes debía ejecutar programas académicos impuestos por el Ministerio de Educación Nacional, colaborar con la disciplina del plantel educativo, asistir a las actividades extraacadémicas, cumplir las funciones de conformidad con las exigencias e instrucciones del Colegio y las normas educativas en general.

Por lo tanto, sin duda, conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, existía una relación laboral, que impone la especial protección del Estado en igualdad de condiciones a la de los docentes de planta, según los artículos 13 y 25 de la Constitución Política, como bien lo advirtió el *a quo*.

³ Mediante sentencia del 19 de febrero de 2009, Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, expediente No. 3074-2005, actora: Ana Reinalda Triana Viuchi, se indicó que la liquidación de la condena en los contratos realidad se hará por medio de una indemnización a título de reparación de daño, textualmente se dijo: *“Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda de ordenar la indemnización reparatoria con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia.”.*

Por las razones que anteceden, se confirmará el fallo apelado que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 20 de noviembre de 2008 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda instaurada por YANETH PACHECO PERTUZ contra el Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión de la fecha.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE
Ausente con permiso

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA