

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Características – Sujetos – Obligación de hacer – Objeto contractual – Autonomía – Discrecionalidad – Temporal

Así, el contrato de prestación de servicios, que no genera retribución distinta que los honorarios en él pactados, se celebra en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser desarrollada por personas vinculadas a la entidad o cuando requiere de conocimientos especializados para lo cual se han establecido las siguientes características: 1. El contrato versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores, en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia. 2. El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad. 3. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico o científico, constituye el elemento esencial del contrato. 4. El contratista dispone de amplio margen de discrecionalidad para la ejecución del objeto contractual, delimitada por el plazo y la realización de la labor. 5. La vigencia del contrato es temporal. Su duración debe ser delimitada por el tiempo indispensable para realizar el objeto contractual. 6. La actividad puede ser desarrollada por una persona natural o jurídica.

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

« 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.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.»

DOCENTE – Labor – Prestación personal – Subordinación

«[...] 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 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.»

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de dos mil diez (2010).

Radicación número: 08001-23-31-000-2003-01297-01(2519-08)

Actor: JHONNY ENRIQUE MENCO RODELO

**Demandado: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA
- SECRETARIA DE EDUCACION, CULTURA Y DEPORTE**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 9 de abril de 2008 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, dentro del proceso promovido por JHONNY ENRIQUE MENCO RODELO.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, el señor JHONNY ENRIQUE MENCO RODELO solicitó al Tribunal declarar la nulidad del oficio de 21 de enero de 2003, proferido por el Secretario de Educación, Cultura y Deporte de Barranquilla, mediante el cual negó la solicitud de reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales.

Como consecuencia de la anterior declaración solicita que se condene al Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla y a la Secretaría de Educación al reconocimiento y pago de los meses de enero a diciembre por los años laborados, los meses de abril a noviembre del año 2000 y a todas las primas, media prima, cesantías e intereses de cesantías, dotación de calzado y uniformes, subsidios familiar, de transporte y de alimentación, vacaciones, bono pensional, pago de cuotas a la seguridad social, salarios moratorios y la indemnización por la desvinculación sin justa causa. De igual forma al pago de perjuicios materiales, morales y demás emolumentos dejados de percibir.

Que a título de restablecimiento se ordene su reintegro a partir de la fecha de su desvinculación en el área de la docencia de acuerdo al grado del escalafón de ese momento o a otro de igual o superior jerarquía.

Solicita igualmente se condene a los entes demandados a los reajustes de valor a que se refiere el artículo 178 del C.C.A y se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 ibidem.

HECHOS

Laboró al servicio del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, por intermedio de la Secretaría de Educación, por el período comprendido entre el 1° de agosto de 1998 y el 9 de enero de 2001, mediante orden verbal emitida por el Alcalde Distrital, siendo asignado al C.P.I. # 07 en calidad de docente del área de humanidades de tiempo completo.

La administración desde el inicio de la relación, sostuvo que se trataba de órdenes de prestación de servicios a pesar de que el demandante fue incluido en nóminas originadas en la Secretaría de Educación Distrital.

El docente prestó sus servicios en forma subordinada, personal y recibió como contraprestación una remuneración.

No pretende mediante el ejercicio de la presente acción demostrar que existió la figura del nombramiento y posesión del cargo, lo que persigue es demostrar que entre él y el distrito demandado se dio un contrato verbal de trabajo.

La administración distrital de Barranquilla obró de mala fe al darle un carácter diferente a la relación laboral que mantuvo con el demandante, desconociendo con ello el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales.

El demandante en el desempeño de sus funciones no registró falta alguna, sin embargo, una vez se profirió la circular de 9 enero 2001 por parte de la Secretaría de Educación Distrital, que ordenaba no asignarle carga académica a los docentes populares o comunitarios, fue retirado de servicio.

La Secretaría de Educación Distrital mediante el oficio demandado que resolvió la petición elevada por el demandante, desconoció que hubo un contrato de trabajo verbal.

De igual forma desconoce el derecho que tiene al pago de salarios y demás prestaciones sociales, por haber laborado para el distrito de Barranquilla.

La última asignación básica que devengó fue la suma de \$566,295, momento en el que ostentaba el grado séptimo del escalafón.

La desvinculación le produjo perjuicios de orden económico y personal a él y a su familia, pues sus ingresos estaban destinados a atender las necesidades propias y de su familia.

El vínculo laboral se encuentra plenamente acreditado, en razón a que existió subordinación total del demandante respecto de las autoridades educativas, prestó el servicio en forma personal y recibió un salario como remuneración.

Normas violadas.

Invocó las siguientes:

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

Código Contencioso Administrativo, artículo 86.

Código Sustantivo del Trabajo, artículos 22, 23, 24, 37, 38, 43, 44, 45, 47, 55, 56, 64 y 65.

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

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Atlántico mediante la providencia impugnada declaró la nulidad parcial del acto administrativo demandado. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de indemnización, condenó al Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, a pagar al demandante el valor de las prestaciones a que tiene derecho por el período comprendido entre el 3 de febrero de 1998 y el 30 de noviembre de 2000.

Para adoptar la decisión en tal sentido, precisó que es evidente que el actor desarrolló la misma actividad material que la de cualquier otro docente, por cuanto cumplió órdenes y horarios prestando el servicio de manera personal y subordinada, por consiguiente, concluye que se encontraba vinculado mediante una relación laboral.

Lo anterior, impone concluir que el demandante sí tiene derecho al reconocimiento de sus prestaciones sociales, a título de indemnización por el período acreditado.

LA APELACIÓN

El apoderado de la parte demandada impugnó la anterior decisión, argumentando que los elementos de juicio esgrimidos por el tribunal contrarían la normatividad vigente, en razón a que como lo precisó el mismo el Decreto 3031 de 1989 y la Ley 60 de 1993, el distrito se encontraba facultado para vincular a los docentes mediante contratos de prestación de servicios.

Es inaceptable que se estime que la prestación del servicio de la docente fue bajo su continua dependencia y subordinación, pues al ostentar la calidad de contratista no se dan esas circunstancias.

La demandante no ostentaba la calidad de empleado público por lo que resulta improcedente el reconocimiento de prestaciones sociales en igualdad de condiciones a los docentes que integran la planta de personal del ente territorial.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico se contrae a establecer si le asiste a la demandante el derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones dejadas de percibir con ocasión del vínculo que mantuvo con la entidad demandada.

Sostiene el señor JHONNY ENRIQUE MENCO RODELO que estuvo prestando sus servicios para la entidad demandada como docente en el Centro Pedagógico Integral # 07 mediante contrato verbal en el área de Humanidades, razón por la que, se configuró una relación laboral.

La Sala en diversos pronunciamientos ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional alrededor de la diferencia existente entre el contrato de prestación de servicios propiamente dicho, con las situaciones en las cuales la administración, con el propósito de disfrazar una verdadera relación laboral, realiza sucesivas vinculaciones bajo la modalidad de órdenes de trabajo o contratos de prestación de servicios para evadir el reconocimiento y pago de prestaciones sociales (en este sentido, viene atendiendo los derroteros trazados en las sentencias C-555 de 1994 y C-154 de 1997 proferidas por la Corte Constitucional).

Así, el contrato de prestación de servicios, que no genera retribución distinta que los honorarios en él pactados, se celebra en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser desarrollada por personas vinculadas a la entidad o cuando requiere de conocimientos especializados para lo cual se han establecido las siguientes características:

1. El contrato versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores, en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia.
2. El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad.
3. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico o científico, constituye el elemento esencial del contrato.
4. El contratista dispone de amplio margen de discrecionalidad para la ejecución del objeto contractual, delimitada por el plazo y la realización de la labor.
5. La vigencia del contrato es temporal. Su duración debe ser delimitada por el tiempo indispensable para realizar el objeto contractual.
6. La actividad puede ser desarrollada por una persona natural o jurídica.

La relación laboral por su parte, la identifican, la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración. En uno de sus apartes, la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997, expresó:

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 contrato de trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el 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.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.

DE LA SITUACION PARTICULAR DE LOS DOCENTES

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 ínsitas 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 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 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 pènsum acadèmico y al calendario escolar.

No es entonces la labor docente independiente y siempre corresponde a aquella que de ordinario desarrolla la administraci3n pùblica a travèas de sus autoridades educativas, pues no de otra manera puede ejercerse la enseàanza en los establecimientos pùblicos educativos, sino por medio de los maestros.

El artìculo 45 del Decreto 2277 de 1979 o Estatuto Docente seàala que a los docentes les està prohibido abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorizaci3n previa, y en el artìculo 44, se encuentran dentro de sus deberes:

- a) Cumplir la Constituci3n y las leyes de Colombia;*
- b) Inculcar en los educandos el amor por los valores hist3ricos de la Naci3n y el respeto a los sìmbolos patrios;*
- c) Desempeàar con solicitud y eficiencia las funciones de su cargo;*
- d) Cumplir las 3rdenes inherentes a sus cargos que les impartan sus superiores jeràrquicos;*
- e) Cumplir un trato cortès a sus compaàeros y a sus subordinados y compartir tareas con espìritu de solidaridad y unidad de prop3sito;*
- f) Cumplir la jornada laboral y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias de su cargo;*
- g) Velar por la conservaci3n de ùtiles, equipos, muebles y bienes que le sean confiados;*
- h) Observar una conducta pùblica acorde con el decoro y la dignidad del cargo;*
- i) Las demàs que para el personal docente, determinen las leyes y los reglamentos ejecutivos.”*

Con respecto al horario que deben desarrollar los docentes, el artìculo 57 del Decreto 1860 de 1994, reglamentario de la Ley 115 de 1994, establece que el calendario acadèmico de todos los establecimientos educativos estatales y privados tendrà una sola jornada diurna, y que la semana lectiva tendrà una duraci3n promedio mìnima de 25 horas efectivas de trabajo en educaci3n bàsica primaria y de 30 horas en educaci3n bàsica secundaria y en el nivel de educaci3n media.

Sin embargo, debe recordarse que esta Secci3n ha concluido¹ que el horario normal de trabajo de los maestros es el que corresponde a la jornada de los planteles educativos de enseàanza donde laboran “a fin de cumplir con el pensum seàalado a este nivel de educaci3n, independientemente de su intensidad horaria”.

Ahora bien, la Ley 60 de 1993 permiti3 la vinculaci3n de docentes bajo la modalidad de prestaci3n de servicios, pero esta clase de vinculaci3n en el caso de los educadores se desnaturaliz3 con lo dispuesto por la Ley 115 de 1994, en cuyo artìculo 105 se consagr3 una vocaci3n de permanencia de los docentes contratistas, al prever un tÈrmino para su incorporaci3n gradual en la planta y ordenar la contrataci3n indefinida. Reza asì la citada disposici3n:

“A los docentes vinculados por contrato contemplados en el paràgrafo primero del artìculo 6º de la ley 60 de 1993 se les seguirà contratando sucesivamente para el perìodo acadèmico siguiente, hasta cuando puedan ser vinculados a la planta de personal docente territorial.”

¹ Sentencia Consejo de Estado, Secci3n Segunda, Subsecci3n A de 5 de agosto de 1993, exp. 6199, M.P. Clara Forero de Castro.

Y la Corte Constitucional expresó, respecto de la actividad que ejecutan los docentes al servicio de la educación oficial vinculados por contrato de servicios que²:

“...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 y el cual, 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 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....”

Lo anterior resulta aplicable a la demandante, en razón a que se desempeñó como docente popular, máxime si se tiene en cuenta lo siguiente:

DE LOS EDUCADORES POPULARES

Mediante la Circular 02 de 9 de enero de 2001, la Secretaría de Educación del Distrito de Barranquilla le ordenó a los Rectores y Directores de Colegios “C.E.B., C. P. EDUCATIVAS DEL DISTRITO DE BARRANQUILLA que a partir de la iniciación de las actividades académicas calendario 2001 se abstengan de asignar carga académica o permitir laborar en sus instituciones educativas a docentes que no estén legalmente nombrados o trasladados y debidamente posesionados, conforme a las normas pertinentes, Ley 115/94, Decreto 2277/79 y demás, llámense “educadores populares, comunitarios contratados” o como se les quiera denominar.” (fl. 29), razón por la cual, estima la Sala, se debe observar la normativa aplicable para este tipo de servidores.

El Decreto 3031 de 27 de diciembre de 1989, estableció las normas sobre la adjudicación de las Plazas bonificadas para atender los Programas de Educación de Adultos, disposición que en su artículo 1° indicó que el Ministerio de Educación Nacional adjudicará, según las necesidades, 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.

De igual forma, la referida norma consagró en su artículo 2° 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.

Por su parte, el artículo 3° del Decreto 3031 de 1989, previó una retribución o bonificación por los servicios prestados por el Educador Popular, así:

“Artículo 3. Se entiende por bonificación la compensación económica que recibe un Educador Popular de Adultos, por prestar sus servicios

² Sentencia C-555 de 1994.

en Programas de Educación de Adultos fomentados por el Ministerio de Educación Nacional.”

De igual forma, en el artículo 5° previó lo siguiente:

“Artículo 5. El pago de la bonificación de los Educadores Populares de Adultos se hará por el tiempo laborado, previa certificación del Coordinador del Centro de Educación de Adultos o la autoridad educativa inmediata.”

En relación con el reconocimiento de la bonificación el Decreto 3031 de 1989 dispuso en su artículo 6°, lo siguiente:

“El reconocimiento de la bonificación a los Educadores Populares de Adultos se hará mensualmente mediante resolución, previo el lleno de los requisitos legales.”

Además de la normativa trascrita, el Presidente de la República expidió el Decreto 3011 de 19 de diciembre de 1997 por el cual reguló la labor de la Educación de Adultos sin derogar expresamente el Decreto 3031 de 1989.

El artículo 1° de la referida norma previó que la Educación de Adultos, ya sea formal, no formal o informal hace parte del servicio público educativo, y 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.

La Organización General de la Educación de Adultos quedó prevista en el artículo 5° del Decreto 3011 de 1997, de la siguiente manera:

“Artículo 5°. 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 la vinculación de los Docentes de la Educación formal de Adultos, el artículo 33 del Decreto 3011 de 1997 indicó:

*“La vinculación del personal docente al servicio 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. 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.”(Se subraya)*

En cuanto a los Planes de Educación el artículo 40 de la referida norma estableció:

*“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.”

En el presente asunto se encuentra acreditado que:

El demandante prestó sus servicios al servicio del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, como se deduce del contenido del acto demandado, como obra en las certificaciones expedidas por los Coordinadores de los Centros Pedagógicos Integrales # 07 y 41 que obran a folios 26 a 28, el demandante prestó sus servicios como docente por el período comprendido entre el 3 de febrero de 1998 y el 30 de noviembre de 2000.

Por lo que las labores que desarrolló el demandante eran las mismas que las desempeñadas por los docentes de planta, configurándose así los tres elementos de la relación laboral: prestación personal del servicio, continuada subordinación y remuneración como contraprestación del servicio.

En consecuencia y conforme al principio de 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 términos de los artículos 13 y 25 de la Carta, razón por la cual el acto acusado se encuentra viciado de nulidad, tal como lo determinó el A-quo.

Las simuladas órdenes de prestación de servicios verbales, suscritas con el demandante, pretendieron esconder una vinculación de derecho laboral público, a pesar de que, como se explicó, el actor no puede ser considerado empleado público docente, pues con ello se desconoce el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la C.P., y se le ocasionan unos perjuicios que deben ser resarcidos a la luz del artículo 85 del C.C.A.

Por lo anteriormente expresado, se confirmará parcialmente el fallo apelado, en cuanto declaró la nulidad del acto demandado y se modificará, en cuanto ordenó que a título de indemnización se le reconociera el valor de las prestaciones sociales dejadas de percibir, para en su lugar, y a título de restablecimiento del derecho, condenar al Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla (Atlántico) a cancelar a favor del mismo, el valor de las prestaciones surgidas en la prestación del servicio y, el correspondiente cómputo del tiempo laborado para efectos pensionales lo que conlleva al pago de las cotizaciones legales por el periodo relacionado anteriormente, tal y como se planteó en sentencia de 17 de abril de 2008, proferida por esta Subsección con ponencia del doctor JAIME MORENO GARCÍA, en la que se precisó:

“El artículo 85 del C.C.A. al concebir la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevé que todo aquel cuyo derecho amparado por una norma jurídica estime lesionado, puede acudir ante la jurisdicción para pedir, además de la nulidad del acto, que se le restablezca en su derecho, así como también la reparación del daño. La acción indemnizatoria surge cuando no es posible volver las cosas al estado anterior porque la misma naturaleza del daño impide tal circunstancia, pues sabido es que dentro de la sociedad y la naturaleza hay situaciones que resultan irreversibles y la única manera de compensar a la víctima es a través de una retribución pecuniaria.

La Sala se aparta de la conclusión a que se llegó en la sentencia de 18 de marzo de 1999 y replantea tal posición, pues lo cierto es que en casos como el presente no tiene lugar la figura indemnizatoria, porque sin duda alguna, la lesión que sufre el servidor irregularmente contratado puede ser resarcida a través del restablecimiento del derecho, término que implica restituir la situación, devolverla al estado existente con anterioridad a la lesión

inferida. Ello tiene cabida a través de la declaración judicial de la existencia de la relación laboral del orden legal y reglamentario, con todo aquello que le sea inherente.

Por lo anterior, los derechos que por este fallo habrán de reconocerse, se ordenarán no a título de indemnización, como ha venido otorgándose de tiempo atrás, sino como lo que son: el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con el pago de las cotizaciones correspondientes, aspectos éstos que no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación. No es, por tanto, una decisión extra-petita, pues como quedó dicho, son derechos inherentes a la relación laboral.

Ahora bien, el salario que deberá tener en cuenta la entidad como base para liquidar las prestaciones, será el que devengaba otro funcionario en un cargo equivalente o, el valor de lo pactado en los contratos u órdenes de trabajo, si aquél es inferior.

En relación con la prescripción de derechos se observa:

A título de ilustración, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 dispone que las acciones que emanen de los derechos allí consagrados prescribirán en tres (3) años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y que el simple reclamo escrito a la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción por un lapso igual.

En otros términos, para que el fenómeno de la prescripción surta efectos, es indispensable que la exigibilidad de los derechos, objeto de la controversia, sea evidente.

En asuntos como el presente, en los cuales se reclaman derechos de carácter laboral, por considerar que la figura del contrato de prestación de servicios no era la vía adecuada, sino que con ella se disfrazó una relación laboral, la exigibilidad de los mismos sólo aparece a partir de la sentencia que así lo declara. Antes no obra con claridad dicho elemento (exigibilidad), motivo por el cual no es viable en la sentencia declarar la prescripción de los derechos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFIRMASE parcialmente la providencia proferida el 9 de abril de 2008 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, excepto el numeral 3° el cual quedará así:

3. SE ORDENA al Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla reconocer y pagar al señor JHONNY ENRIQUE MENCO RODELO las prestaciones sociales, dejadas de percibir por el período señalado en la parte motiva de esta providencia, debidamente indexadas.

El tiempo laborado se computará para efectos pensionales, para lo cual la entidad hará las correspondientes cotizaciones.

Las sumas resultantes de esta condena se actualizarán en la forma como se indica en esta providencia, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R= \underline{\text{Rh Índice Final}}$$

Indice Inicial

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de prestaciones sociales, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al último día del mes en que se ejecutorie esta sentencia) por el índice inicial (vigente al último día del mes en que fue debió hacerse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la formula se aplicará separadamente, mes por mes.

La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

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

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO