

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Autonomía del contratista – Ejecución – Objeto contractual – Elemento esencial – Carácter excepcional**

«La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.»

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Vínculo contractual – Situación reglamentaria – Derecho a la igualdad – Necesidad contractual – Relación de coordinación**

[...] la Sala Plena del Consejo de Estado, en decisión adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, Actora: María Zulay Ramírez Orozco, manifestó: 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 público, la cual 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.

**DOCENTE – Labor – Características – Prestación personal – Subordinación**

[...] la labor Docente no es independiente sino que el servicio se presta en forma personal y de manera subordinada al cumplimiento de los Reglamentos propios del servicio público de la educación, cumpliendo su actividad conforme a las directrices impartidas por las autoridades educativas y sin gozar de independencia con respecto a la actividad desarrollada.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION “B”**

**Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil diez (2010)

**Radicación número: 08001-23-31-000-2003-01645-01(1361-07)**

**Actor: INES MARIA BUSTAMANTE MORENO**

**Demandado: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA**

## **AUTORIDADES DISTRITALES**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia de 17 de enero de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por INES MARIA BUSTAMANTE MORENO contra el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla.

### **LA DEMANDA**

Estuvo orientada a obtener la nulidad de la respuesta al derecho de petición de 6 de marzo de 2003, expedida por la Secretaría de Educación Distrital, que negó el reconocimiento de sueldos, prestaciones sociales y demás emolumentos salariales a que tiene derecho la demandante por haber trabajado bajo la modalidad de contrato de trabajo verbal en calidad de docente desde enero de 1997 (sic), hasta el 9 de enero de 2001.

Como consecuencia de lo anterior solicitó condenar a la entidad demandada a reconocerle y pagarle los meses de enero y diciembre como diferencia salarial con relación a los docentes estatales, los meses de abril a noviembre del año 2000, junto con las primas, media prima, cesantías, intereses a la cesantía, dotación de calzado y uniformes, subsidios familiar, de transporte y de alimentación, vacaciones, bono pensional, pago de cuotas correspondientes a seguridad social, salarios moratorios (sic) a que hubiere lugar por el no pago oportuno de las prestaciones sociales y la correspondiente indemnización al haber sido desvinculada sin justa causa.

La entidad deberá reintegrar a la actora con efectividad a 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 categoría, sin solución de continuidad; dará cumplimiento a la sentencia dentro de los términos previstos en los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

La demandante trabajó en la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla desde el 1º de febrero de 1998 hasta el 9 de enero de 2001, por orden verbal impartida por el Alcalde Distrital; prestó sus servicios como docente en el área de humanidades de tiempo completo, ya que existía la necesidad.

La Administración Distrital desde el inicio del contrato lo interpretó como Ordenes de Prestación de Servicios (O.P.S.), de acuerdo a la contestación de varios derechos de petición de distintos docentes, donde reconoce que se trata de un contrato de prestación de servicios, según lo preceptuado por la Ley 80 de 1993.

En la respuesta dada al derecho de petición que interpuso la demandante, el Secretario de Educación Distrital no reconoció que hubo un contrato de prestación de servicios.

A la actora la incluyeron en nominas originadas en la Secretaría de Educación Distrital, con destino a la Secretaría de Hacienda y posteriormente a la Tesorería Distrital, para el respectivo pago, además, las certificaciones laborales dadas por la institución educativa donde laboró, manifiestan que prestó un servicio en forma subordinada y a cambio recibió una remuneración.

Entre la demandante y el Distrito existió una relación laboral, sin embargo la Administración Distrital de Barranquilla dio un carácter contrario a la realidad impidiendo el reconocimiento de los derechos de la actora, como el pago completo del año lectivo laborado, pues a ella se le cancelaba de febrero a noviembre y a los docentes oficiales les pagan los 12 meses del año, teniendo las mismas características, actividad, funciones y requisitos de los docentes estatales.

Durante el desempeño de sus funciones, la actora no registró queja alguna, por el contrario fue destacada hasta que la Secretaría de Educación Distrital expidió la Circular

002 de 9 de enero de 2001, en donde le solicitó a los Rectores y Directores de los Centros Educativos pertenecientes al Distrito de Barranquilla, no asignar carga académica a los docentes populares o comunitarios, con lo cual se produjo la desvinculación de la actora.

El 6 de marzo de 2003, la Secretaría de Educación Distrital dio respuesta a la solicitud de la actora, desconociendo la existencia de un contrato de trabajo verbal, así como los salarios y prestaciones sociales a que tiene derecho.

La última asignación básica devengada por la demandante fue de \$566.295 y al momento de prestar sus servicios al Distrito de Barranquilla ostentaba el grado 7º en el Escalafón Nacional Docente.

Esta forma de contratación es una formalidad encaminada a la violación de los derechos de esta clase de docentes que prestaron sus servicios contribuyendo a la educación de comunidades instaladas en áreas de difícil acceso, y además se desempeñan en idénticas condiciones que los docentes públicos, es decir, mismos centros educativos, subordinación, horarios, programación de clases, atención a padres de familia y educandos, rendición de informes, preparación de material de estudio, colaborar con las actividades escolares y extraescolares, y atender las directrices del Distrito y del Ministerio de Educación Nacional.

### **NORMAS VIOLADAS**

Como disposiciones violadas se citan 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**

El Tribunal Administrativo del Atlántico accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda ordenando a pagar al Distrito de Barranquilla a título de indemnización, el valor equivalente a las cesantías devengadas por un docente vinculado al Distrito, por el periodo comprendido entre 1998 y 2000 (Fl. 89 a 104), con base en la siguiente argumentación:

Según lo establecido en el artículo 2º del Decreto 3031 de 27 de diciembre de 1989, las Secretarías de Educación Departamentales, Intendenciales, Comisariales y Distrito Especial de Bogotá, signarán las funciones de Educador de Adultos, para prestar sus servicios en desarrollo de actividades de Alfabetización, Pos-Alfabetización, Educación Básica Primaria o en programas de interés a la comunidad de centros de educación de adultos y Unidades de Alfabetización.

El Distrito de Barranquilla al tomar la determinación de vincular a la actora mediante una Orden de Prestación de Servicios Verbal, se obligó a cancelarle una bonificación como compensación económica por prestar sus servicios en programas de educación de adultos, fomentados por el Ministerio de Educación, por lo tanto se trata de un verdadero vínculo laboral al cumplirse con los elementos constitutivos de esta, es decir, la subordinación, cumplimiento de un horario y remuneración.

Le Ley 60 de 1993 permitió la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios sin derogar el Decreto 2277 de 1979, que en su artículo 2º define la profesión de docente y establece que el servicio se presta personalmente y está subordinado al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de educación.

La demandante prestó sus servicios a la Secretaría de Educación Distrital, en el Centro de Educación del Distrito de Barranquilla en el periodo comprendido entre 1998 y 2000.

Como se vinculó como educadora para adultos (educadora popular), no fue vinculada a la administración mediante una relación legal y reglamentaria, sino por Órdenes de Prestación de Servicios, razón por la cual carece de nombramiento y posesión.

La Corte Constitucional en sentencia C-555 de 1994 estableció la implícita relación laboral que lleva consigo la actividad docente, independiente del tipo de vinculación que tenga quien la ejecute.

La demandante prestó su labor docente a la Secretaría de Educación en las mismas condiciones que los docentes del Distrito de Barranquilla, por lo que se presume la existencia de una relación laboral.

Desde el punto de vista formal y material los docentes populares no pueden inscribirse como trabajadores oficiales, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2 y 3 del Decreto 1950 de 1973, así como el artículo 122 de la Constitución, ya que su ejercicio no está inscrito como empleado público, y para proveer los cargos de tal carácter se requiere que estén contemplados en la respectiva planta de personal y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente, junto con la respectiva posesión del cargo.

Si bien es cierto que la demandante no tenía la calidad de empleado oficial, también lo es que su vinculación se convirtió en una relación laboral atípica por lo que atendiendo el principio constitucional del derecho a la igualdad contemplado en el artículo 13 de la Constitución y a título de una prestación indemnizatoria, tiene derecho al pago de sus cesantías, pero no a la cancelación de las otras prestaciones pretendidas.

La demandante carece de la calidad de educadora oficial distrital, y se encuentra inscrita en grado 7º del Escalafón Nacional Docente, sin embargo no se le puede reconocer diferencia salarial entre lo que efectivamente recibió y lo que un educador oficial recibe como salario de acuerdo al escalafón, al igual que con las demás prestaciones sociales.

## **EL RECURSO**

La entidad demandada interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior cuya sustentación corre a folio 108 del expediente.

La Circular No. 002 de 9 de enero de 2001 dirigida a Rectores o Directores de los Centros Educativos, ordenaba que no debían asignar carga académica a los Docentes Populares o Comunitarios.

La demandante reclamó el pago de 12 meses de trabajo al año, mientras que laboró solo 10 hasta la finalización de la relación con el Distrito, sin embargo, al vincularse mediante un contrato que se asimila al de prestación de servicios, no habría lugar a cancelar los 12 meses que reclama sino solo los laborados.

Los salarios y demás emolumentos no son susceptibles de reclamo por parte de la actora debido a que su vinculación fue a través de un contrato de prestación de servicios, aunque fuese de forma verbal.

## **CONCEPTO FISCAL**

El Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación emitió concepto que corre a folio 148, en el que solicitó confirmar parcialmente la sentencia impugnada con la siguiente argumentación:

Consideró que existen las pruebas que conducen a la existencia de una vinculación laboral de la demandante con el Distrito de Barranquilla, como docente.

La entidad demandada en el recurso de apelación y en los alegatos de conclusión solo se refirió a la relación laboral de la actora como una de prestación de servicios por medio de orden verbal, sin establecer los extremos de dicha relación, lo cual no desvirtúa la

contundencia de las pruebas y da lugar a dar por ciertos los hechos alegados y la existencia de la subordinación en razón a las actividades desarrolladas como docente.

El cargo desempeñado por la demandante reviste las características propias de un empleo que hace parte del giro ordinario del Distrito de Barranquilla, además las actividades desplegadas por la actora requerían de su permanencia dado que se desempeñaban día a día en labores ordinarias.

En el presente caso es aplicable el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades pues es ineludible que la demandante se encontraba en las mismas condiciones de otros empleados públicos de la planta de personal de la entidad demandada.

Así las cosas resulta viable reconocer a la demandante el pago de todas las prestaciones sociales devengadas mientras estuvo vinculada por ordenes de prestación de servicios, de acuerdo al valor pactado en los contratos que serían la base para liquidar dichos emolumentos; sin embargo, como el Tribunal solo reconoció lo relativo a las cesantías, a fin de no hacer mas gravosa la situación del apelante único, la condena solamente debe recaer sobre dicha prestación.

No obstante lo anterior, considera que si bien es cierto que el Consejo de Estado ha expuesto que no hay lugar a la prescripción, pues el derecho a reclamar nace a partir del momento en que se reconoce la existencia de la relación laboral mediante sentencia ejecutoriada, también lo es que dicha premisa atenta no solo contra el patrimonio público, sino contra el derecho a la igualdad relativa frente a quienes desempeñan las mismas actividades pero vinculados mediante relación legal y reglamentaria.

A su juicio se debe mantener la prescripción prevista en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968, 102 del Decreto 1848 de 1969 y 151 del Código Procesal del Trabajo.

No es equitativo que a los servidores públicos se les exija un periodo de tres años para reclamar los derechos derivados de la relación laboral, mientras que a quienes se vincularon por contrato de prestación de servicios u otra forma contractual, se les permite en forma indefinida proponer la reclamación de los derechos derivados de la misma relación laboral.

Como no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **Problema jurídico**

Debe la Sala determinar si la señora INES MARIA BUSTAMANTE MORENO tiene derecho a que el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla (Atlántico), le pague un monto equivalente a lo devengado a título de prestaciones sociales por un docente del Municipio como consecuencia del contrato realidad, o si por el contrario se celebraron contratos de prestación de servicios sin que tenga derecho a prestación laboral alguna.

### **Acto acusado**

Oficio sin número de 6 de marzo de 2003 (Fl. 37), proferido por el Secretario de Educación, Cultura y Deporte (E) del Distrito de Barranquilla, que negó la cancelación de todos los factores salariales y prestacionales a la actora argumentando que no ha tenido vinculación legal y reglamentaria con el Distrito de Barranquilla mediante nombramiento y posesión de su cargo (fl. 37).

### **De lo probado en el proceso**

## **Vinculación y Retiro de la Entidad**

Con la Certificación expedida el 30 de noviembre de 2000, por el Coordinador del Centro Pedagógico Integral del Distrito de Barranquilla Código 39 Sede El Ferry, quedó probado que la demandante prestó sus servicios como docente contratada por la Secretaría Distrital de Educación entre el 1º de febrero de 1998 y el 30 de noviembre de 2000 (fl. 29).

## **Certificado de Pago de Servicio**

Mediante Oficio de 10 de noviembre de 2005 (fl. 62), la Directora de la Oficina de la Previsora S.A. de Barranquilla (Atlántico), indicó que revisadas las relaciones de nóminas de Docentes o Educadores Populares pagadas por FIDUPREVISORA S.A., la demandante aparece relacionada de la siguiente manera:

- Comprobante de egreso número 023181 de 30-09-1998.
- Comprobante de egreso número 025826 de 31-12-1998.
- Comprobante de egreso número 026364 de 30-01-1999.
- Comprobante de egreso número 123587 de 31-08-1999.
- Comprobante de egreso número 131294 de 20-10-1999.
- Comprobante de egreso número 131294 de 29-10-1999.
- Comprobante de egreso número 133699 de 18-11-1999.
- Comprobante de egreso número 142923 de 03-02-2000.
- Comprobante de egreso número 164922 de 07-07-2000.

## **Escalafón Nacional Docente**

Mediante Resolución No. 2786 de 21 de noviembre de 1999, la Junta Seccional de Escalafón del Departamento del Atlántico inscribió a la actora en el grado 7 del Escalafón Nacional Docente (fl. 25).

## **DE LOS EDUCADORES POPULARES**

Conforme con la Certificación de Pagos efectuada por FIDUPREVISORA S.A. (fl. 62), la actora hacía parte de la nómina de Docentes o Educadores Populares siendo pertinente observar la normativa aplicable para este tipo de Servidores Públicos.

El Decreto 3031 de 27 de diciembre de 1989, publicado en el Diario Oficial No. 39.120, estableció las normas sobre la adjudicación de las Plazas bonificadas para atender los Programas de Educación de Adultos.

El artículo 1 ibídem 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. 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.

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

“Se entiende por bonificación 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.”

A su vez, el artículo 5 ídem previó lo siguiente:

“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.”

Sobre el reconocimiento de la bonificación reguló el artículo 6 del Decreto 3031 de 1989, 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 las normas transcritas, 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 44 haya derogado expresamente el Decreto 3031 de 1989.

El artículo 1 *ibídem* 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, y sus Decretos Reglamentarios, en especial el 1860 de 1994 y 114 de 1996 y en las normas que los modifiquen o sustituyan conforme 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 que previó lo siguiente:

“La educación de adultos ofrecerá programas de:

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

Sobre 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.”(Se Subraya).

Sobre la dependencia y lineamientos académicos de la Educación de Adultos a los criterios curriculares del Ministerio de Educación, el artículo 15 *ibídem* expresó:

“Las instituciones educativas que ofrezcan programas de educación básica formal de adultos, atenderán los lineamientos generales de los procesos curriculares del servicio público educativo establecidos por el Ministerio de Educación Nacional, teniendo en cuenta sus particulares características.”(Se Subraya).

Respecto de la vinculación de los Docentes de la Educación Formal de Adultos, el artículo 33 del Decreto 3011 de 1997 indicó que:

“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.” (Destacado).

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

“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.”(Se Subraya).

De lo anterior se observa que los docentes populares se rigen por los mismos mandatos que los demás docentes, es decir, por el Decreto-Ley 2277 de 1979 y las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994, lo cual indica que tienen el mismo trato y las mismas obligaciones que los educadores y el desarrollo de su actividad hace parte del servicio público.

## **JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS**

La Corte Constitucional, en sentencia C- 154 de 1.997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y aquel de prestación de servicios, así:

“b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.”

Lo anterior significa, que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política.

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.”<sup>1</sup>

Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en decisión adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, Actora: Maria Zulay Ramírez Orozco, manifestó:

“Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad.

Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta.

En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.”

En dicho fallo se concluyó lo siguiente:

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 público, la cual 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.).

---

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

Tal posición ha sido adoptada por la Sala en los siguientes términos<sup>1</sup>:

“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:

(...)

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 subordinación.

## **CASO CONCRETO**

El A Quo reconoció la relación laboral establecida entre la demandante y el Distrito de Barranquilla, sin embargo, en la sentencia impugnada, condenó al Distrito a pagarle, a título de indemnización, únicamente lo equivalente al auxilio de cesantía definitiva, devengado por los docentes vinculados a ese ente territorial.

La actora interpuso recurso de apelación, el cual no fue sustentado y como consecuencia de ello fue declarado desierto mediante Auto de 21 de febrero de 2008.

Igualmente la entidad demandada interpuso recurso de apelación en el que señaló que la vinculación de la actora es de tipo contractual, la cual no genera derechos salariales ni prestacionales.

Es por eso que el estudio de la Sala se limita únicamente a los argumentos expuestos por la entidad demandada, porque a pesar de que la demandante interpuso el recurso de apelación, el hecho de no sustentarlo impide a esta instancia pronunciarse sobre su inconformidad con el fallo impugnado.

De las pruebas que fueron arrojadas al plenario para determinar la existencia de la relación laboral entre la actora y el Distrito de Barranquilla, se destaca la certificación laboral del Centro Pedagógico Integral del Distrito de Barranquilla que advierte la

---

<sup>1</sup> Expedientes Nos. 0245 y 2161 de 2005, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante

prestación de sus servicios como docente desde el 1 de febrero de 1998 hasta 30 de noviembre del año 2000.

De la misma manera, reposa la certificación emanada de la Fiduciaria La Previsora S.A. donde hace constar que la demandante figuró en la nómina de Docentes o Educadores Populares siendo pagados sus servicios durante los años 1998, 1999 y 2000 evidenciándose que en efecto fungió como educadora de Barranquilla.

Aunque no reposan los contratos de prestación de servicios por cuanto la vinculación fue de carácter verbal, las certificaciones antes referenciadas evidencian la existencia de una relación laboral subordinada, fundada en que la actora al desempeñarse como docente 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 Centro Educativo y las normas educativas en general.

Si bien, la Ley 60 de 1993 permitió la vinculación de Docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, es menester advertir que dicha norma no derogó el Decreto 2277 de 1979, artículo 2º, que dispone:

"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." (Subrayado fuera del texto).

Esta definición de la labor Docente 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..."*.

De lo anterior se infiere que la labor Docente no es independiente sino que el servicio se presta en forma personal y de manera subordinada al cumplimiento de los Reglamentos propios del servicio público de la educación<sup>2</sup>, cumpliendo su actividad conforme a las directrices impartidas por las autoridades educativas y sin gozar de independencia con respecto a la actividad desarrollada.

Mal podría sostenerse, entonces, que existió una relación de coordinación, cuando la actividad se cumplió de conformidad con las orientaciones emanadas por el Centro Educativo donde prestó sus servicios de manera subordinada y no bajo su propia dirección y gobierno<sup>3</sup>.

Esta tesis a sido reafirmada en múltiples oportunidades, es así como en sentencia de 1 de marzo de 2007, M. P. Jesús María Lemos Bustamante, Rad.: 1433-06, actora Rosalba Judith Lozano Díaz, indicó acerca de los Docentes que:

---

<sup>2</sup> Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Expediente No. interno 2460-2003, Actora: Sonia Stella Prada Cáceres.

<sup>3</sup> Esta posición ha sido sostenida por fallo de esta Subsección del 4 de noviembre de 2004, Expediente No. 150012331000199902561-01, Referencia No.3661-2003, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, demandante: Marlen Fúquene Ramos.

“De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso se presentó una relación de carácter laboral durante el tiempo en que la demandante se desempeñó como docente al servicio del Municipio de Chinú. Según figura en el contrato de prestación de servicios la labor docente debía cumplirse ejerciendo todas las actividades inherentes al cargo y prestarse en forma personal. La subordinación resulta aún más evidente cuando se trata de un “contrato realidad” de docente.”

## **CAMBIO JURISPRUDENCIAL**

En reciente sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se modificó la tesis que se venía acogiendo respecto del reconocimiento a título de indemnización de las prestaciones ordinarias que devenga un empleado público en igualdad de condiciones, cuando se demuestra la existencia del contrato realidad.

En dicha providencia<sup>2</sup> se indicó que si bien el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, esto no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la Planta de Personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas, en virtud del artículo 53 de la Constitución Nacional, dejando a salvo la liquidación de la condena con base en los honorarios pactados en el contrato.

Asimismo, se varió la posición para indicar que si se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, y se acepta la existencia de una verdadera relación laboral es apenas lógico que produzcan plenos efectos, ello es, que el tiempo laborado sea útil para el reconocimiento de la pensión de jubilación, así como la Seguridad Social (Salud), Caja de Compensación y Subsidio Familiar.

Empero, la Sala advierte que dicha tesis no puede ser aplicada al *sub-lite* por cuanto a la demandante se le declaró desierto el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado, limitando el estudio a los argumentos esbozados por la entidad demandada respecto de la inexistencia de vinculación laboral, conforme con lo siguiente:

### Inexistencia de la relación legal y reglamentaria

Para la entidad demandada el análisis probatorio efectuado por el sentenciador de primera instancia careció de buen juicio porque no se demostró la vinculación legal y reglamentaria de la demandante con el Distrito de Barranquilla, siendo inexistente el derecho al reconocimiento de la relación laboral.

Visto el recurso de apelación interpuesto dirá la Sala que la entidad demandada orienta la argumentación a probar la ausencia de la vinculación de la demandante a través de una relación legal y reglamentaria, advirtiendo además la imposibilidad de haber vinculado a la Docente por cuanto la plaza no existía en la Planta de Personal. Este planteamiento evidencia el desconocimiento Jurisprudencial de la finalidad del contrato realidad, pues lo que la demanda busca es descubrir la relación o vínculo existente entre las partes durante la prestación del servicio.

La entidad demandada pretende que se evidencie la vinculación legal y reglamentaria de la demandante, caso en el cual no se estaría frente al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades impuestas por los sujetos en las relaciones laborales, sino que la acción estaría encaminada a demostrar las prestaciones que no se pagaron, lo cual desvirtúa el cargo formulado.

---

<sup>2</sup> Sentencia de 19 de febrero de 2009, M. P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Exp. No. 2005-3074, actora Ana Reinalda Triana Viuchi.

Sin embargo las certificaciones de servicio y pago (fl. 62) resultan contundentes en la medida en que no fueron tachadas de falsas por la entidad demandada, ni se justificó que los pagos efectuados a la demandante fueran por otro concepto diferente a la docencia y que ahora es objeto de las súplicas del *sub-exámine*.

Estos certificados constituyen el medio probatorio idóneo que demuestran la retribución de la actividad prestada durante el tiempo de servicios que acreditó el Centro Pedagógico Integral No. 39 El Ferry de Barranquilla.

La prescripción se encuentra regulada en el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público. El artículo 102, prescribe:

“PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

La Sección Segunda de esta Corporación en Sala Plena mediante sentencia de 19 de febrero de 2009, Expediente 3074-2005, Actor: Ana Reinalda Triana Viuchi, Consejera Ponente Doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez, estableció frente a este tema lo siguiente:

“Esta Sala en anteriores oportunidades, ha declarado la prescripción trienal de los derechos que surgen del contrato realidad, aceptando que dicho fenómeno se interrumpe desde la fecha de presentación de la solicitud ante la Entidad demandada. Sin embargo, en esta oportunidad replantea este criterio por las razones que a continuación se explican:

De conformidad con algunos estatutos que han regido esta materia, los derechos prescriben al cabo de determinado tiempo o plazo contado a partir de la fecha en que ellos se hacen exigibles, decisión que se adopta con base en el estatuto que consagra dicho fenómeno. (Vr. Gr. Dto. 3135/68 art. 41)

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.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.”.

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, por tratarse como se advirtió en la providencia citada de una sentencia constitutiva.

Esta tesis ya había sido adoptada por la Subsección “A”, con el siguiente tenor literal:

“Tampoco opera el fenómeno de la prescripción, ya que se trata de una sentencia constitutiva, en la medida en que el derecho surge a partir de ella y, por la misma razón, no hay lugar a aplicar la Ley 244 de 1995, pues la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.”<sup>3</sup>

Asimismo se ha indicado:

Como se observa, el término de prescripción de tres años se cuenta desde que la obligación se hace exigible, pero debe tenerse en cuenta que en el contrato de prestación de servicios, el derecho surge desde el momento en que la sentencia lo constituye a favor del contratista junto al restablecimiento traducido en el pago de la suma indemnizatoria, porque previo a la expedición de la sentencia que declara la primacía de la realidad laboral sobre la contractual, no existe ningún derecho a favor del contratista de prestación de servicios emanado de un vínculo laboral, con lo que resulta, que es imposible que se pueda predicar la prescripción de un derecho que no ha nacido a la vida jurídica. No resulta razonable aplicar la prescripción trienal a la indemnización que se reconoce al contratista en la sentencia, si se tiene en cuenta que como se advirtió, dicha figura es una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley le otorga, derecho que solo se constituye en la sentencia que determina la existencia de la relación laboral.”<sup>4</sup>

Por lo tanto, entendiendo que el término trienal de prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada, es justamente a partir de este momento que se contarían los tres (3) años de prescripción de los derechos de la relación laboral hacia el futuro, situación que operaría en caso de que continuara la relación laboral, empero como el *sub-lite* se contrae al reconocimiento de una situación anterior no existe prescripción pues la obligación, como se dijo, surge con la presente sentencia.

En consecuencia, se despachará desfavorablemente la solicitud de la Procuraduría Tercera Delegada ante esta Corporación y se confirmará la sentencia impugnada, que accedió parcialmente a las suplicas de la demanda, sin aplicar la excepción de prescripción de derechos.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

### **FALLA**

**CONFÍRMASE** la sentencia de 17 de enero de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por Ines Maria Bustamante Moreno contra el Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla (Atlántico).

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.**

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

**BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PAEZ**

---

<sup>3</sup> Sentencia de 17 de abril de 2008, M.P. JAIME MORENO GARCIA, Exp. (2776-05), Actor: JOSE NELSON SANDOVAL CÁRDENAS.

<sup>4</sup> Sentencia 6 de marzo de 2008, M. P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Exp. 2152-06, Actor: ROBERTO URANGO CORDERO.

**GERARDO ARENAS MONSALVE**

**VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA**