



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER
Magistrado Ponente: Iván Fernando Prada Macías

Bucaramanga, tres (03) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Radicado	680013333011-2017-00409-01
Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante	Carmen Rosa Pacheco Mendoza ajmerida@gmail.com
Demandado	Municipio de Bucaramanga manuelarenas483@hotmail.com
Ministerio Público	Procuraduría 159 Judicial II para Asuntos Administrativos nmgonzalez@procuraduria.gov.co
Tema	Contrato realidad - docente

Decide la Sala el recurso de apelación, interpuesto por la parte demandada Municipio de Bucaramanga, contra la sentencia proferida en audiencia del 17 de mayo de 2018 por el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga.

I. ANTECEDENTES

La señora **Carmen Rosa Pacheco Mendoza**, por intermedio de apoderado legalmente constituido, acude a la jurisdicción en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el **Municipio de Bucaramanga**, con el fin de que se acceda a las siguientes:

1. Pretensiones.

“PRIMERA. *Sírvase Señoría declarar que la relación que existió entre el Municipio de Bucaramanga y CARMEN ROSA PACHECO MENDOZA, es una relación de carácter laboral.*

SEGUNDA. *Que se declare la nulidad del acto administrativo de fecha 4 de julio de 2017, recibida ese mismo día por correo electrónico, emitido por el municipio de BUCARAMANGA.*

TERCERA. *Que se declare que CARMEN ROSA PACHECO MENDOZA, tiene pleno derecho al reconocimiento de las sumas correspondientes a todas las prestaciones y subsidios que legalmente se le reconocen a un educador oficial, Cesantía, intereses de cesantías, auxilio de transporte, prima de alimentación, prima de servicios, prima de navidad, vacaciones remuneradas, subsidio familiar, dotación de calzado y vestido, las diferencias salariales dejadas de percibir, en comparación con la remuneración de un docente de igual categoría para la fecha y por el tiempo en que laboró al servicio del municipio, sin solución de continuidad.*

CUARTA. *Que de conformidad con lo antes dicho, se realice reconocimiento y pago de los aportes que fueron pagados por la demandante en lugar del empleador; así como en lo dejado de reconocer y pagar al fondo pensional en relación al tiempo laborado. Y que se tengan como cotizados en calidad de servidor público.*

QUINTA. *Que en consecuencia se declare a La NACIÓN; MUNICIPIO DE BUCARAMANGA, a restablecer el derecho, como mínimo indemnizando a la afectada así:*

(...)

SEXTA *Que se ordene el reconocimiento de las cotizaciones a seguridad social y para el conteo de tiempo en el Escalafón Nacional Docente.*

SÉPTIMA. *Que se ordene la indexación de los valores decretados.*

OCTAVA. *Que en consecuencia La Nación; MUNICIPIO DE BUCARAMANGA, reparen el daño, indemnizando a la afectada, con una suma no inferior a diez y ocho millones novecientos noventa y nueve mil quince pesos. (\$18.999.015)*

NOVENA. *Que se condene en costas a los demandados.*

2. Hechos.

Manifiesta que la señora **Carmen Rosa Pacheco Mendoza** laboró a favor del Municipio de Bucaramanga en la planta docente de la entidad territorial, entre el 1 de marzo de 2001 y 17 de octubre de 2002, lapso dentro del cual se suscribieron 8 contratos de prestación de servicio, comprendidos así: 040 del 1 de marzo de 2001, 073 del 1 de junio de 2001, 098 del 16 de julio de 2001, 162 del 18 de octubre de 2001, 012 del 28 de enero de 2002, 074 del 2 de mayo de 2002, 156 del 15 de julio de 2002 y 227 del 17 de octubre de 2002.

Advierte que la relación laboral tuvo inicio en razón a la necesidad del cargo de docente, el cual no se proyectó debidamente por parte del municipio, sino que fue escondido en consecutivos contratos de prestación. Agrega que, la accionante ejerció sus funciones como docente bajo órdenes y dirección de las autoridades educativas de la entidad, en idéntico calendario y jornada laboral que aquellos docentes que laboran en la actividad estatal de docencia y cuya vinculación fue mediante acto legal y reglamentario.

Expone que durante el tiempo laborado anteriormente indicado, mantuvo una relación de carácter laboral con la Administración, pues concurren los elementos de una relación de trabajo, como lo son la actividad personal del trabajador; continuada subordinación del trabajador respecto de la entidad empleadora; y un salario como retribución del servicio.

Indica que, a través del derecho fundamental de petición solicitó al Municipio de Bucaramanga reconocer la relación laboral existente con la señora Carmen Rosa Pacheco Mendoza y el consecuente pago de las prestaciones sociales causadas. Solicitud que fue negada mediante oficio del 4 de julio de 2017, al considerar el Municipio de Bucaramanga que no existió relación laboral.

3. Normas violadas y concepto de violación

Se invocan como disposiciones violadas: Constitución Política artículo 13, artículo 25 y artículo 53; Legales: artículos 42, 45 y 58 del Decreto 1042 de 1978, artículo 3° de la Ley 60 de 1993, artículo 115 de la Ley 115 de 1994 y Decreto 1919 de 2002.

Expresa que al desconocerse por parte del Municipio de Bucaramanga la relación laboral, se configura una vulneración al derecho constitucional de la igualdad mediante un contrato de prestación de servicios con iguales responsabilidades y horarios que los demás docentes nombrados en propiedad por el Municipio de Bucaramanga.

Manifiesta que es indiscutible que la relación que existió entre el Municipio de Bucaramanga y Carmen Rosa Pacheco Mendoza es de carácter laboral contenida en

sucesivos contratos de prestación de servicios, con el fin seguramente de darle un matiz diferente.

4. Contestación de la demanda

El Municipio de Bucaramanga se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda al considerar que no es entendible que a las personas que se contratan por medio de prestación de servicios no se les pueda impartir algún tipo de directriz o solicitarles presencialita para la ejecución de actividades, pues sería ilógico que su servicio no fuera controlado para su cumplimiento. Añade que para prestar un servicio a un tercero se requiere seguir instrucciones y en ocasiones utilizar un horario de ejecución del servicio, con el propósito de satisfacer las necesidades del contratante.

II. LA SENTENCIA APELADA

El Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga, mediante providencia 17 de mayo de 2018, consideró que el servicio docente no es independiente y que concurren los elementos esenciales de una relación de trabajo, esto es, la prestación personal del servicio, la continuada subordinación respecto de la entidad empleadora, la permanencia en el desempeño de sus actividades y la remuneración, y emitió las siguientes órdenes:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial del oficio emitido en respuesta al requerimiento No 20170000PQR11216, notificado el 4 de julio de 2017, por medio del cual se niega la existencia de una relación laboral y el pago de las correspondientes prestaciones sociales, en cuanto el secretario de Educación de Bucaramanga, le negó a la accionante el reconocimiento de la existencia de una relación laboral en virtud de los contratos de prestación de servicios, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo expuesto, y a título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al municipio de Bucaramanga tomar (durante el tiempo relacionado anteriormente) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora, de acuerdo con lo dicho en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: Para el pago de las anteriores sumas el MUNICIPIO DE BUCARAMNAGA, hará la actualización, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) del CPACA, teniendo en cuenta los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula matemática señalada en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: El demandado deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del CPACA.

CUARTO: DECLARAR que el tiempo laborado por la señora CARMEN ROSA PACHECO MENDOZA al municipio de Bucaramanga como docente bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios relacionados en la parte

considerativa de esta providencia, se debe computar para efectos pensionales.

QUINTO: NEGAR las pretensiones relacionadas con el pago de cesantías, primas de servicios y navidad, vacaciones, dotaciones y auxilio de transporte, y demás emolumentos relacionados en la pretensión tercera (fi: 4), por haber operado la prescripción trienal.

SEXTO: NO CONDENAR en costas, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEPTIMO: En firme este proveído, expídanse a costa de la parte solicitante, copia auténtica de esta providencia. La copia de la parte solicitante llevará la constancia de ejecutoria; la misma anotación se dejará en el expediente (art. 114 C.G.P. (...))”

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La entidad accionada interpuso recurso de apelación en contra de la decisión del 17 de mayo de 2018 proferida por el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga, al considerar que la subordinación se ha entendido equívocamente, ya que prácticamente, no se le puede impartir algún tipo de directriz en lo más mínimo a un contratista porque estaría configurándose una relación laboral.

Advierte el recurrente que para prestar un servicio a un tercero se requiere seguir las instrucciones que el contratante establece con el fin de satisfacer sus necesidades, respetando los límites que establece la ley con el fin de evitar la formación de un vínculo laboral. Así mismo consideró que, aunque la imposición de horarios y la impartición de instrucciones son expresiones de la subordinación laboral, no puede concluirse necesariamente la existencia de esta.

IV. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto de fecha 28 de marzo de 2019 se admitió el recurso de apelación, ordenándose la notificación personal del Ministerio Público. Mediante providencia del 18 de agosto de 2020, de conformidad con lo previsto en el numeral 4º del artículo 247 del CPACA, se corrió traslado para que las partes alegaran de conclusión y para que el Ministerio Público emitiera concepto de fondo, término dentro del cual la **entidad demandada** guardó silencio.

En esta etapa procesal, la **parte demandante** acudió a presentar sus alegatos de conclusión dentro de los cuales reitera las manifestaciones de la demanda, indicando que en el presente caso se configuran los elementos esenciales de una relación laboral, pues la señora Carmen Rosa Pacheco Mendoza desarrollaba labores en las mismas condiciones que los docentes de planta, y que, además, durante la relación laboral que existió entre la demandante y la entidad accionada era obligatoria la afiliación al Sistema General de la Seguridad Social en Pensiones, en igualdad de condiciones que los demás empleados públicos docentes.

Finalmente, el **Ministerio Público** rindió concepto de fondo, mediante el cual, consideró que en virtud de las funciones que desarrollo la señora Carmen Rosa Pacheco Mendoza se permite presumir la existencia del elemento de subordinación como elemento integrante del vínculo laboral. En ese orden de ideas, advirtió que, en materia de docencia estatal no es viable suponer que los maestros puedan

desprenderse de su cargo y manejar el tiempo en forma discrecional, por el contrario, debe existir sujeción a los horarios y pautas de los directivos del servicio educativo, acorde con las políticas y directrices que sobre su prestación emita el Ministerio de Educación.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Concluido el trámite procesal sin que la Sala advierta irregularidad alguna con eficacia para invalidar la actuación cumplida, y hallándose estructurados los presupuestos de ley para decidir el fondo de la cuestión, procederá la Corporación a proferir el fallo de segunda instancia.

1. Competencia.

Conforme al artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Juzgados Administrativos de su jurisdicción territorial; razón por la cual procede la Sala a desatar la presente controversia en segunda instancia.

2. Problema Jurídico.

Al tenor del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, corresponde a la Sala determinar si en el presente medio de control obran medios de prueba que acrediten la concurrencia de los elementos esenciales de existencia de un contrato realidad, especialmente la subordinación, entre la señora **Carmen Rosa Pacheco Mendoza** y el **Municipio de Bucaramanga** en el periodo comprendido entre el 1° de marzo de 2001 y el 16 de diciembre de 2002.

3. Marco normativo y jurisprudencial.

El artículo 25 de la Constitución Política de 1991 establece que el trabajo es un derecho fundamental en los siguientes términos:

“ARTICULO 25. *El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”*

De ahí que se erige como deber del Estado garantizar y proteger a las personas que cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter salarial y prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

La Sección Segunda del Consejo de Estado¹, ha expresado que en aras de hacer evidente la relación laboral sobre las formas que pretendan invisibilizarla, se debe acudir al artículo 53² de la Carta, que contempla la primacía de la realidad sobre las

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Radicación número: 68001-23-15-000-2002-00903-01(0157-08). M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

² Constitución Política 1991. Artículo 53. “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y

formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones de quienes realizan la misma función, pero en calidad de servidores públicos.

Al respecto, la Constitución Política en sus artículos 122 y 125 dispone lo siguiente:

“Artículo 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (Inc. 1º) (...)”

“Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”.

Así que, de acuerdo a lo establecido por las normas en materia de régimen laboral del sector público, existen tres clases de vinculaciones con entidades del Estado: **a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal)**. Por ende, se ha asumido a través de la jurisprudencia³ que; si en el caso de los contratos de prestación de servicios se llegan a desdibujar sus elementos esenciales, corresponderá decidir a la justicia ordinaria; cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial y cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público, a la jurisdicción contencioso administrativa.

Ahora bien, atendiendo a la primacía de la realidad sobre las formalidades, resulta menester establecer cuáles son los elementos propios de una relación laboral. Al respecto el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990 es claro al señalar:

“Artículo 23. Elementos esenciales.

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

- a. La **actividad personal** del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;*
- b. La **continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador**, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y*

discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.”

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00799-01. M.P. César Palomino Cortés.

c. Un **salario** como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen” (Negrilla fuera de texto).

De esta norma se logra concluir que el contrato de trabajo es “*intuitu personae*”, es decir: personalísimo; quedando obligado el trabajador a desarrollar de forma personal y directa las labores para las cuales fue requerido, con o sin la existencia del negocio jurídico en sentido formal.

Sobre el segundo elemento, siendo este el más relevante a la hora de asumir el juicio de existencia material de una relación de trabajo, entendido como la dependencia o subordinación que rige el vínculo, la Corte Constitucional en Sentencia C-386 de 2000 definió su alcance en los siguientes términos:

*“(…) La subordinación del trabajador al empleador como elemento **distintivo y definidor** del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un **poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador**, a través de la **expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos**, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos.*

*Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el **poder de dirección**, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el **poder disciplinario** que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél⁴ (...). (Negrillas fuera del texto original)*

Corolario de lo aquí referido, la subordinación y dependencia de carácter continuado necesariamente ha de tenerse como el elemento esencial y configurativo de la relación laboral, según el cual el empleador, en ejercicio de su potestad de dirección, puede exigir a sus subordinados el acatamiento de órdenes e instrucciones sobre las circunstancias de modo, tiempo, lugar y cantidad de trabajo, así como la imposición de los reglamentos internos en cualquier momento, con respeto a la dignidad del trabajador y sus derechos mínimos constitucionales y laborales conforme a las disposiciones constitucionales ya referenciadas.

En reciente sentencia de Unificación del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁵ se hicieron precisiones en materia de la figura jurídica del contrato realidad especialmente aplicada en el ámbito de las relaciones de trabajo del sector público, haciendo especial énfasis en el requisito de la subordinación, indicándose lo siguiente:

*“De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye el **elemento***

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C – 386 del año 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación por importancia jurídica, 9 de septiembre de 2021. Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016)

determinante que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio.

La reiterada jurisprudencia de esta corporación –que aquí se consolida- ha considerado, como indicios de la subordinación, ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia; entre estas, se destacan las siguientes:

i) El lugar de trabajo. Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

ii) El horario de labores. Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.

iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar. Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del *ius variandi*, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral. El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá

acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.”

En síntesis, la jurisprudencia ha fijado las siguientes reglas con respecto a la figura del contrato realidad: primero, que se debe declarar la existencia de una relación laboral en el evento en que el juez constate la concurrencia de los elementos del contrato de trabajo, esto es, la prestación personal de la actividad, la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, y el pago de una compensación al trabajo prestado; segundo, que la declaración del contrato realidad se puede hacer a partir de indicios, pues para demostrar la relación laboral - muchas veces oculta-, resultan relevantes aquellos hechos ciertos que revelan la existencia de otros, que en principio son inciertos, y que ponen de relieve que se presenta una relación laboral; y tercero, que el elemento determinante de la relación laboral es la subordinación del trabajador respecto del empleador.

Por ello, ante el tercer elemento señalado por el artículo 23 del CST: la existencia de una remuneración, enfatiza la Sala que ha de tenerse en cuenta que lo realmente determinante para que se configure la relación laboral y para que nazcan las correspondientes obligaciones en cabeza del empleador es la concreta y real prestación de servicios en condiciones de dependencia o subordinación.

4. Análisis probatorio

Con el propósito de establecer lo anterior y dar respuesta al problema jurídico planteado, habrán de reseñarse y posteriormente analizarse los elementos probatorios recaudados dentro de las respectivas etapas procesales y con el lleno de los requisitos legales. Es así como, de conformidad con el material probatorio recaudado y practicado, en razón a los hechos que promovieron el presente asunto contencioso, se tienen como ciertas las siguientes circunstancias fácticas relevantes:

- Contratos de prestación de servicio suscritos entre la señora **Carmen Rosa Pacheco Mendoza** y el **Municipio de Bucaramanga** que se relacionan a continuación:

Contrato	Plazo	Inicio	Terminación	Valor
040 ⁶	03 meses	01/marzo/2001	31/mayo/2001	\$2.444.589
073 ⁷	30 días	01/junio/2001	01/julio/2001	\$814.863
098 ⁸	03 meses	16/julio/2001	15/octubre/2001	\$2.444.589
162 ⁹	44 días	18/octubre/2001	30/noviembre/2001	\$1.195.132
012 ¹⁰	03 meses	28/enero/2002	27/abril/2002	\$1.195.132
074 ¹¹	57 días	02/mayo/2002	27/junio/2002	\$1.586.482
156	03 meses	15/julio/2002	14/octubre/2002	\$2.504.973
227	02 meses	17/octubre/2002	16/diciembre/2002	\$1.669.982

- Los contratos tenían como objeto prestar los servicios profesionales como docente temporal en el área de educación primaria en la Escuela Rural El Aburrado adscrito al Municipio de Bucaramanga.

⁶ Folio 22

⁷ Folio 20 según certificación expedida por el Municipio de Bucaramanga.

⁸ Folio 23-24

⁹ Folio 25-26

¹⁰ Folio 27-28

¹¹ Folio 20 según certificación expedida por el Municipio de Bucaramanga.

- Mediante derecho de petición 20170000PQE11216 del 4 de julio de 2017 elevado en medios digitales por la señora **Carmen Rosa Pacheco Mendoza**, se solicitó al Municipio de Bucaramanga el reconocimiento de la relación laboral existente, por configurarse los elementos de un contrato de trabajo (fls. 39-41).
- Con Oficio del 4 de julio de 2017 expedido por el Municipio de Bucaramanga, se negó la solicitud de la accionante al considerar que no se configuró una relación laboral con la demandante.

5. Caso concreto

Conforme al problema jurídico planteado, la Sala estudiará si en el presente caso se configuraron los tres (3) elementos de una relación laboral, especialmente lo relacionado con la subordinación entre el **Municipio de Bucaramanga** y la señora **Carmen Rosa Pacheco Mendoza**, teniendo en cuenta que es el eje central de la controversia, además, al ser un elemento esencial para desvirtuar la relación contractual entre las partes y como consecuencia comprobar la relación laboral, debe estar acreditado dentro del expediente.

En ese sentido, para declarar la existencia de un contrato de trabajo, dando aplicación al principio del contrato realidad, se deben acreditar los elementos de la relación laboral, demostrando especialmente la subordinación o dependencia respecto del empleador o de la entidad empleadora, entendida ésta como la facultad que tiene el contratante para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones, y de disponer de su capacidad y fuerza de trabajo según sus necesidades y conveniencias.

Sostiene la jurisprudencia del Consejo de Estado¹² que la figura del contrato realidad se aplica cuando se constata la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante para ejecutarlos en sus instalaciones, con sus elementos de trabajo y bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño.

Es así que cuando se pretende desvirtuar una relación contractual, es indispensable demostrar de forma incontrovertible para quien pretenda acreditar la existencia de una relación laboral el requisito de subordinación, de forma que no haya duda sobre el cumplimiento de la labor desarrollada con dependencia y que de forma contraria se evidencie que lo que se presentó entre las partes fue una coordinación para el desempeño eficiente de la tarea encomendada.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establece la vinculación por contratos de prestación de servicios, la cual tiene como propósito suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, o para desarrollar labores especializadas que no puedan ser asumidas por el personal de planta de las mismas, teniendo como característica principal la prohibición del elemento de subordinación del contratista, en tanto que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato.

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda. Radicación 08001-23-33-000-2012-00161-01(3809-14) del 10 de mayo de 2018.

La H. Corte Constitucional, mediante sentencia T-392 de 2017, expresó que *“...el contrato de prestación de servicios con el Estado supone la existencia de una obligación de hacer a cargo del contratista, quien goza de autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico, y ejerce sus labores por un tiempo determinado, situación que no da derecho al reconocimiento de las prestaciones derivadas del contrato de trabajo (...). Por otro lado, existirá una relación laboral cuando, independientemente de la denominación que las partes asignen a un contrato, se presten servicios personales, se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre quien desempeña la labor y, se acuerde una contraprestación económica. Además de los tres elementos propios de las relaciones laborales, la permanencia en el empleo es un criterio determinante para reconocer si en un caso concreto se presenta una relación laboral.”*

Por otro lado, cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, es necesario el reconocimiento de las prestaciones sociales causadas durante el periodo laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta dicho restablecimiento, siendo esta la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral consagrados en los artículos 13 y 53 de la Constitución Política.

Ahora bien, el Consejo de Estado¹³, en sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016, sostuvo, respecto de la contratación de docentes por prestación de servicios, que dicha labor no deviene independiente sino que se encuentra subordinada al cumplimiento de la reglamentación del servicio público de educación. En la misma providencia, la Corporación indicó que el artículo 2° del Decreto 2277 de 1979, define como docente a quien ejerce la profesión de educador, reafirmando dicha definición por el artículo 104 de la Ley 115 de 1994 o Ley General de Educación, el cual establece que *“(...) el educador es el orientador de los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos (...).”* En el mencionado Decreto también se regularon los deberes de los docentes, entre los que se destacan el cumplimiento de las órdenes inherentes a sus cargos impuestas por los superiores jerárquicos, de la jornada laboral y la dedicación de la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias de su cargo, así como la prohibición de abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorización previa.

Dicha sentencia de unificación también fue clara en indicar que la actividad docente no se desarrolla en virtud de la coordinación imperante en los contratos de prestación de servicios, comoquiera que se cumple conforme a las instrucciones, directrices y orientaciones de sus superiores en el plantel escolar, la secretaría de educación territorial y del Ministerio de Educación Nacional, es decir, no bajo su propia dirección y gobierno, por lo que infirió que la subordinación y la dependencia se encuentran inmersas en dicha labor.

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente y que fueron descritas en precedencia, se encuentra acreditado que la demandante, la señora **Carmen Rosa Pacheco Mendoza**, suscribió ocho contratos de prestación de servicios profesionales con el **Municipio de Bucaramanga**, desempeñando para el efecto el cargo de docente temporal en el área de educación primaria en la Escuela Rural el Aburrido,

¹³ CE-SUJ2-005-16 25 de agosto de 2016 Radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-15).

en los siguientes períodos: 01/03/2001 a 31/05/2001, del 01/06/2001 al 31/08/2001, de 16/07/2001 a 15/10/2001, de 18/10/2001 a 30/11/2001, de 28/01/2002 a 27/04/2002, de 02/05/2002 a 27/06/2002, de 15/07/2002 a 14/10/2002 y de 17/10/2002 a 16/12/2002.

Así las cosas, se evidencia que para el presente caso el elemento de subordinación se encuentra demostrado con ocasión a la labor desarrollada por la accionante como docente, a través de contratos de prestación de servicios sucesivos, no obstante, no se encuentra diferencia alguna entre la vinculación contractual de la demandante en condición de docente temporal y la actividad desplegada por los otros docentes vinculados de manera legal y reglamentaria como empleados públicos, teniendo en cuenta que la señora Carmen Rosa Pacheco Mendoza laboraba en el mismo establecimiento educativo, desarrollando las mismas actividades materiales y sus servicios eran prestados de forma permanente, personal y subordinada.

Como refuerzo a la tesis de la Sala, se destaca que la subordinación de la demandante frente a la entidad demandada surge como un elemento propio de las funciones que ésta cumplía, pues dada la labor para la que fue contratada, resulta claro que para su ejercicio no podía contar con la autonomía e independencia propia de un contratista, sino que debía estar disponible en el horario que le fuera impuesto para ello.

Aunado a lo anterior, concluye la Sala que no puede pretenderse que el educador vinculado por contrato se sustraiga de la prestación del servicio en forma permanente, como tampoco resulta posible que se sustraiga del acatamiento a las directrices que en materia de educación se imparten, no solo por el Ministerio de Educación y demás autoridades, sino por las directivas de la misma institución.

Así las cosas, al configurarse los tres elementos de la relación laboral, la demandante logró desnaturalizar el contrato de prestación de servicios, razón por la cual la Sala confirmará de la decisión de primera instancia, advirtiendo que la orden dada en el numeral segundo de la sentencia recurrida se ajusta a los nuevos parámetros de unificación sobre el contrato realidad.

6. Costas.

Finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada en virtud de lo dispuesto en el artículo 365 numerales 1 y 3 del CGP, según los cuales *“se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva de manera desfavorable el recurso de apelación (...)”* y *“En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.”*

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Santander**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. Confirmar la sentencia proferida el por el el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga, el día 17 de mayo de 2018, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandada de acuerdo con lo previsto en los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP. **Liquidense** en el juzgado de origen de acuerdo a lo establecido en el artículo 366 del ibídem.

TERCERO. Una vez en firme esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las constancias de rigor en SAMAI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

[Firma electrónica]

IVAN FERNANDO PRADA MACÍAS

Magistrado

[Firma electrónica]

JULIO EDISSON RAMOS SALAZAR

Magistrado

[Firma electrónica]

MILCIADES RODRÍGUEZ QUINTERO

Magistrado