

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>		<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>		FECHA 05/05/2009	VERSI ÓN 1.
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>		Página 1 de 41	

### ACTA DE REUNION

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	ACTA No. 0019 de 2012	

### MIEMBROS PERMANENTES

Dra. NOHORA OLIVEROS QUINTERO, Delegada del Señor Gobernador

Dr. LUIS VIDAL PITTA CORREA, Secretario Jurídico

Dr. LEONEL RODRIGUEZ PINZON, Secretario de Hacienda

Dr. CRISTIAN ALBERTO BUITRAGO RUEDA, Secretario de Planeación.

Dr. SILVANO SERRANO GUERRERO, Secretario General

### INVITADO PERMANENTE

Dra. MARY LUZ LIZARAZO TELLEZ  
Jefe Control Interno de Gestión

### INVITADOS

Dr. GUSTAVO DAVILA LUNA  
Abogado Externo de la Secretaria de Educación Departamental

Dra LUDDY PAEZ ORTEGA  
Secretaria de Educación Departamental

### ORDEN DEL DÍA:

1. Verificación de Quórum.
2. Lectura del acta anterior N° 0018 del 14 de noviembre de 2012.
3. Exposición de los siguientes conceptos jurídicos emitidos por el Dr. GUSTAVO DAVILA LUNA Asesor Externo de la Secretaria de Educación, relacionado con las solicitudes de conciliaciones extrajudiciales:
  - La solicitud de conciliación presentada por el abogado OSMAN HIPOLITO ROA SARMIENTO en representación de MARTHA CECILIA ANGARITA REYES.
  - Las solicitudes de conciliación presentadas por el abogado OSMAN HIPOLITO ROA SARMIENTO, en representación de: LEONOR PATRICIA REYES GALVIS, NUBIA ESTELLA PALLARES OVALLOS, sobre Reconocimiento, liquidación y pago de la de cesantía parcial.
  - La solicitud de conciliación presentada por el abogado OSMAN HIPOLITO ROA SARMIENTO en representación de JULIO AREVALO PACHECO
  - La solicitud de conciliación presentada por el abogado OSMAN HIPOLITO ROA SARMIENTO en representación de RUBIELA DEL SOCORRO CALDERON QUINTERO.

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>	<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>	Página 2 de 41	

### ACTA DE REUNION

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	<b>ACTA No. 0019 de 2012</b>	

- La solicitud de conciliación de la Convocante: GLADYS AMPARO ROJAS CORREA. Convocados: MUNICIPIO DE GRAMALOTE-DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER--NACION FONDO NACIONAL DE CALAMIDADES.

4. Proposiciones y varios.
5. Aprobación del orden del día.

## DESARROLLO

### 1. VERIFICACION DEL QUORUM.

Se verifico la asistencia de los miembros que conforman el comité de conciliación de tal existiendo quórum para deliberar y decidir.

#### MIEMBROS PERMANENTES ASISTENTES

Dra. NOHORA OLIVEROS QUINTERO, Delegada del Señor Gobernador

Dr. LUIS VIDAL PITTA CORREA, Secretario Jurídico

Dr. LEONEL RODRIGUEZ PINZON, Secretario de Hacienda

Dr. CRISTIAN ALBERTO BUITRAGO RUEDA, Secretario de Planeación.

#### MIEMBROS PERMANENTES AUSENTES

Dr. SILVANO SERRANO GUERRERO, Secretario General

#### INVITADO ASISTENTE PERMANENTE

Dra. MARY LUZ LÍZARAZO TELLEZ, Jefe Oficina Control Interno de Gestión 

#### INVITADOS ASISTENTES

Dr. GUSTAVO DAVILA LUNA

Abogado Externo de la Secretaria de Educación Departamental

#### SECRETARIA TECNICA DEL COMITÉ

Dra. BELSY ESPERANZA ORDUZ CELIS

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>	<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>	Página 3 de 41	

### ACTA DE REUNION

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	ACTA No. 0019 de 2012	

## 2. LECTURA DEL ACTA ANTERIOR.

Verificado el quórum la Secretaria Técnica del Comité de Conciliación procedió a dar lectura del acta N° 0018 del 14 de noviembre de 2012

## 3. Exposición de los siguientes conceptos jurídicos emitidos por el Dr. GUSTAVO DAVILA LUNA Asesor Externo de la Secretaria de Educación, relacionado con las solicitudes de conciliaciones extrajudiciales:

- La solicitud de conciliación presentada por el abogado OSMAN HIPOLITO ROA SARMIENTO en representación de MARTHA CECILIA ANGARITA REYES.

Toma la palabra el Dr. Gustavo Davila y expone: me refiero al asunto de la referencia, oficio mediante el cual remite para la expedición de concepto jurídico respecto de la solicitud de conciliación presentada por intermedio de apoderado judicial por las personas enunciadas, al respecto, me permito conceptuar lo siguiente frente a las pretensiones planteadas, manifestando que NO se debe acceder a presentar fórmula de conciliación alguna, con fundamento en las siguientes razones de orden factico y legal.

### DE LA SOLICITUD DE CONCILIACION

La parte convocante pretende se revoque el oficio No. SAC 2012RE6019 del 08 de agosto de 2012, mediante los cuales se niega la relación laboral existente entre el Departamento Norte de Santander y el convocante durante el tiempo que laboro bajo la modalidad de ordenes de prestación de servicios y en consecuencia se cancele las prestaciones sociales causadas durante ese período.

Que se reconozca la existencia de una relación laboral entre el Departamento Norte de Santander y su poderdante, por cuanto se dan los tres elementos de prestación personal, subordinación y remuneración, dentro de los lapsos comprendidos entre períodos que van de 01 de abril hasta 30 de noviembre de 1987 hasta períodos del 01 de febrero al 30 de noviembre de 1992. Consecuencia de lo anterior, solicita se reconozca a sus poderdantes, las prestaciones sociales que en igualdad de condiciones reconocía a los empleados públicos docentes, efectuar el pago de cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, se reintegren los dineros descontados por reterfuente, y de todos los dineros sean actualizados y se cancelen intereses moratorios.

La cuantía no se determina en la solicitud de conciliación.

Las pruebas que se pretenden hacer valer con las solicitudes de conciliación son:

- Copia simple de las órdenes de prestación de servicios suscritas.
- Copia del derecho de petición
- Copia de la respuesta dada al Derecho de petición

### ANTECEDENTES

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>	<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>	Página 4 de 41	

**ACTA DE REUNION**

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	<b>ACTA No. 0019 de 2012</b>	

**ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DEL CONTRATO REALIDAD**

**DEBER DE DEMOSTRAR LOS TRES ELEMENTOS QUE PERMITAN DESVIRTUAR LA RELACION CONTRACTUAL**

El consejo de Estado, en fallos como el del 23 de junio de 2005 proferido dentro del expediente No. 0245 C.P. Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, como son la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

Tal consideración se contrapone a la Jurisprudencia anterior, en la que se sostuvo que entre contratante y contratista podía existir una relación coordinada en sus actividades para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o reportar informes sobre sus resultados, sin que ello signifique necesariamente la configuración del elemento de subordinación<sup>1</sup>.

Así las cosas, se concluye que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función pública en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

Por el contrario, existirá una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993, cuando: a) se pacte la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, b) el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, c) se le paguen honorarios por los servicios prestados y d) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena señalar que debe ser entendida a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los empleados públicos.

Cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente conduce al reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el periodo realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en

<sup>1</sup> Sala Plena del Consejo de Estado. Sentencia del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>		<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>		Página 5 de 41	

**ACTA DE REUNION**

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	<b>ACTA No. 0019 de 2012</b>	

materia laboral consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política respectivamente, superándose de ésta manera la prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados.<sup>2</sup>

Bajo las anteriores precisiones se ha concretado el tratamiento jurisprudencial de los contratos realidad, de donde se concluye en cuanto a su configuración, que constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito<sup>3</sup>.

La viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante según el aforismo "*onus probandi incumbit actori*", dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta.

**EL DERECHO SURGE A PARTIR DE LA SENTENCIA, NO DEL SIMPLE RECLAMO ANTE LA ENTIDAD**

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 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,**

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda-Subsección "A". Sentencia 17 de abril de 2008. Rad No. 2776-05. C.P. Jaime Moreno García; Sentencia del 17 de abril de 2008. Rad. No. 1694-07. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; sentencia del 31 de Julio de 2008. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 14 de agosto de 2008. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>3</sup> Consejo de Estado Sección Segunda. Sentencia del 19 de febrero de 2009. Rad. No. 3074-2005. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>	<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>	Página 6 de 41	

**ACTA DE REUNION**

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	<b>ACTA No. 0019 de 2012</b>	

**pues la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.”<sup>4</sup>**

Asi mismo 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>5 6</sup>**

De otra parte, en aquellos casos en que se accede a las pretensiones de la demanda, la Sección ha concluido la no prescripción de las prestaciones causadas con ocasión del contrato realidad, en tanto la exigibilidad de los derechos prestacionales en discusión, es literalmente imposible con anterioridad a la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo, de manera pues, que es a partir de tal decisión que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podría operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo.<sup>7</sup>

**Como se observa, 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**

<sup>4</sup> Sentencia de 17 de abril de 2008, M.P. JAIME MORENO GARCIA, Exp. (2776-05), Actor: JOSE NELSON SANDOVAL CÁRDENAS.

<sup>5</sup> Sentencia 6 de marzo de 2008, M. P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Exp. 2152-06, Actor: ROBERTO URANGO CORDERO.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 4 de marzo de 2010. Rad. No. 25000-23-25-000-2003-04136-01(2175-07) C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

<sup>7</sup> Sentencia del 6 de marzo de 2008. Rad. No. 2152-06. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>	<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>	Página 7 de 41	

**ACTA DE REUNION**

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	<b>ACTA No. 0019 de 2012</b>	

**derecho que no ha nacido a la vida jurídica.**

Así las cosas, a partir de la sentencia que constituye el derecho en cabeza del contratista, es que queda autorizado para reclamar ante las autoridades administrativas las prestaciones sociales reconocidas a título de indemnización, porque antes de la anulación, el contrato de prestación de servicios gozaba de la presunción de legalidad y el derecho a obtener el pago de las prestaciones sociales materialmente no existía.

**En otros términos, para los contratistas existía un obstáculo de orden legal que no permitía exigir el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales; por ende, se puede afirmar que el derecho a devengarlas sólo surge con certeza, a partir de la expedición de la sentencia.**

**PROBLEMA JURIDICO**

El problema jurídico de fondo se contrae a establecer si el demandante tiene derecho al reconocimiento del "contrato realidad", por los períodos laborados bajo la modalidad de contratos u Órdenes de Prestación de Servicios, así como a las prestaciones sociales correspondientes a tales períodos.

**CONSIDERACIONES**

En primer lugar hay que decir que la contratación de personal antes de la Constitución de 1991, fue una práctica avalada legalmente, pues el personal docente siempre fue insuficiente, y en proceso de profesionalización docente como se muestra con el siguiente recuento normativo.

En efecto, antes de la promulgación de la Constitución de 1991 y de la Ley 115 de 1994, el Decreto 2762 del 14 de Octubre de 1980 y la Resolución 22224 del 21 de noviembre de 1980, reglamentaron lo relacionado a capacitación de docentes, la formación permanente y en servicio, y la profesionalización. Allí se encuentra la definición de la profesionalización como **"el programa que se ofrecerá a los educadores en servicio que deseen obtener el título de bachiller pedagógico, técnico en educación, tecnólogo en educación o licenciado en ciencias de la educación."**

El parágrafo 1 del artículo 6 de la Ley 60 de 1993, **fijó que los docentes temporales vinculados por contrato a los servicios educativos estatales antes del 30 de junio de 1993** que llenarán los requisitos de la carrera docente, serían incorporados a las plantas de personal de los departamentos o distritos previo estudio de necesidades y ampliación de la planta de personal. La vinculación de docentes temporales sería gradual, y debía efectuarse de conformidad con un plan de incorporación que debía ser proporcional al incremento anual del situado fiscal y con recursos propios de las entidades territoriales y en un término no mayor a los seis años contados a partir de la publicación de la Ley 60 de 1993.

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>		<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>		Página 8 de 41	

**ACTA DE REUNION**

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
<b>SESION COMITÉ DE CONCILIACION</b>	<b>ACTA No. 0019 de 2012</b>	

El 8 de febrero de 1994 se expide la Ley 115 ó Ley General de la Educación, y en el párrafo primero del artículo 105, estableció que al personal que para la fecha en que entro en vigencia esta ley, estaba vinculado, se le respetaría la estabilidad laboral, y en el caso de los bachilleres no escalafonados, que estos tendrían derecho a incorporarse al Escalafón Nacional Docente, siempre y cuando llenasen los requisitos respectivos, en un plazo no mayor de dos (2) años. Esta misma norma fue clara al establecer que si transcurrido este plazo, estos bachilleres no se habían escalafonado, serían desvinculados del servicio educativo, salvo los bachilleres que se encontrarán en ese momento prestando su servicio docente en zonas de difícil acceso, y en proceso de profesionalización comprobado, en cuyo caso contaban con dos años adicionales para tal efecto.

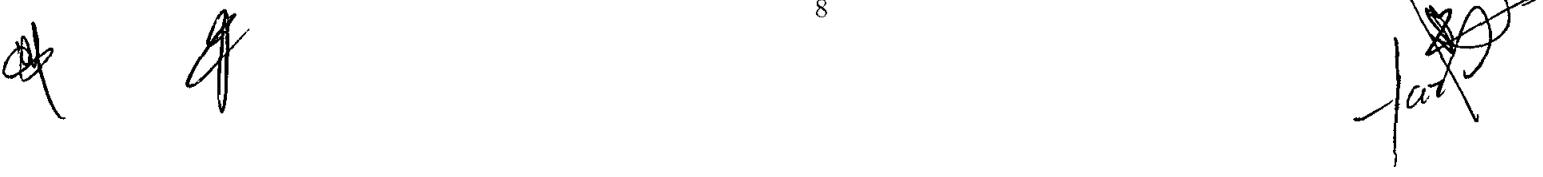
Vale la pena señalar, que la norma no establece a partir de que fecha se debían contar los dos y cuatro años a los que se refiere, para que los bachilleres no escalafonados reunieran requisitos y se incorporasen al Escalafón Nacional Docente.

En el párrafo tercero el artículo 105, **se ordenaba que los docentes temporales vinculados por contrato de acuerdo al párrafo 1 del artículo 6 de la Ley 60 de 1993 se les siguiera contratando sucesivamente para el periodo académico siguiente hasta cuando pudieran ser vinculados a la planta de personal docente territorial.**

La Resolución Ministerial No. 5660 del 8 de Julio de 1994, en desarrollo de la Ley 115 del mismo año, fijó los criterios para el establecimiento de los planes de profesionalización de bachilleres no escalafonados.

En dicha Resolución, se estableció que sólo podrían participar en los programas de profesionalización, los bachilleres vinculados al servicio educativo estatal no escalafonados **y, los vinculados por contrato antes del 30 de Junio de 1993 de acuerdo a lo establecido por el párrafo 1 del artículo 6 de la Ley 60 de 1993,** y que para obtener el título de bachiller pedagógico en ambos casos, tendrían un plazo de dos años continuos contados a partir de la iniciación de estudios, y que de todas maneras, el proceso de profesionalización debe estar culminado antes del 12 de agosto de 1999. Estableció nuevamente, que en el caso de los docentes que laboraban en zonas de difícil acceso, y que hubiesen iniciado la profesionalización antes del 8 de febrero de 1994, dispondrían de cuatro (4) años continuos para obtener el titulo que les permitiera escalafonarse.

El 6 de Diciembre de 1994, la Corte Constitucional en Sentencia C-555 declaró inexecutable el párrafo 1 del artículo 6 de la Ley 60 de 1993, lo cual implicó que los docentes temporales vinculados por contrato antes del 30 de junio de 1993 no tuvieran ningún privilegio especial para ser vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales. La declaración de inexecutable, tuvo como fundamento la situación de desigualdad que generaba la existencia de dos regímenes para la vinculación de educadores al servicio del Estado: docentes contratistas y docentes empleados públicos.



 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>	<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>	Página 9 de 41	

**ACTA DE REUNION**

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	<b>ACTA No. 0019 de 2012</b>	

Este fallo de la corte, condujo a la imposibilidad de incorporación automática por parte de las entidades territoriales de prorrogar los contratos de servicios suscritos con algunos docentes. Es decir, los educadores que hasta la fecha de la sentencia venían prestando sus servicios no podían seguir haciéndolo, hasta no cumplir los requisitos para ello. Esto es, presentarse al respectivo concurso y ser seleccionados para tal efecto. Por tanto cualquier incorporación automática devendría en ilegal, además de acarrear las sanciones para quien la autorizare.

Por otra parte, las órdenes de prestación de servicios, son una forma de contratación estatal, que se encuentra establecida en el artículo 32 de la ley 80 de 1993:

**“Artículo 32. De los Contratos Estatales.** *Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:*

1. ...
2. ...

**3o. Contrato de prestación de servicios**

*Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.*

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”*

Entonces, el contrato de prestación de servicios representa una forma de contratación de carácter excepcional que generalmente no obliga al cumplimiento de jornadas ordinarias de trabajo; no permite que se paguen en la remuneración prestaciones sociales, es decir, que no hay sobre el contratista manera de ejercer mando, pues éste detenta autonomía técnica, profesional o científica para ejecutar su labor, por lo cual no encaja dentro de los contratos de trabajo, más aún cuando en la misma norma se señala que se realizarán por el término estrictamente necesario, tal y como sucede en el presente caso.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, toda vez que la vinculación a través de orden de prestación de servicios, tiene el carácter de contractual, es decir, es fruto del acuerdo de voluntades entre las partes y con el lleno de los requisitos legales.

*af* *A*

*ab*  
*fad*

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>	<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>	Página 10 de 41	

### ACTA DE REUNION

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	ACTA No. 0019 de 2012	

### CASO CONCRETO

Ahora bien, la parte convocante pretende se declare la existencia de una relación laboral subordinada, pero se pregunta: ¿frente a qué cargo? Pues de la solicitud de conciliación proforma presentada, no indica frente a qué nivel de escalafón, para especificar un cargo docente frente al cual hubo desigualdad, y que requisitos cumplieron sus apoderados para acceder a la declaratoria de la relación laboral subordinada, y que permitan establecer un trato indiscriminatorio frente a los docentes de la Planta de Personal del Departamento, pues si eventualmente se declarara la misma, cuál sería la condena para la entidad, o con base en qué se debe liquidar lo reclamado?

Todo ello denota una deficiente formulación de la solicitud de conciliación lo que impediría llegar a una condena en contra de la entidad, pues no hay referente alguno para establecer un criterio comparativo que permita establecer que la entidad territorial violó el derecho a la igualdad de los docentes enunciados, pues no podría establecerse un punto de comparación con docentes del orden departamental o nacional para definir así tal violación.

Frente a ello ya ha tenido oportunidad de pronunciarse la Corte Constitucional en LA SENTENCIA T-338/03 de acción de tutela, en donde determinó que la igualdad es entre iguales no pudiendo predicarse entre entidades ni siquiera de orden similar, veamos:

*“Es preciso demostrar un criterio de comparación, como referente valorativo en relación con el cual se lleva a cabo el juicio de igualdad. Así quien pretende alegar que esta siendo objeto de un trato discriminatorio debe enfrentar su situación particular a aquella de otras personas que estando en igualdad de circunstancias fácticas y bajo los mismos parámetros legales está teniendo un trato preferente, con lo cual quedaría demostrada la discriminación. En el presente caso se observa lo siguiente: Para demostrar la supuesta violación al derecho a la igualdad, el accionante establece un criterio de comparación con médicos de otra institución de salud, su antiguo empleador, a quienes se les sigue pagando las prestaciones laborales. Sin embargo, el actor en ningún momento establece tal comparación con los médicos de la misma entidad de salud del orden municipal a la cual pertenece en este momento, y frente a cuyos médicos es que debe buscar establecer la comparación necesaria para determinar si existe o no una violación de su derecho fundamental a la igualdad. Como lo ha dicho la jurisprudencia, no puede predicarse un trato igual a situaciones de hecho diferenciadas.”*

Conforme a lo anterior es preciso que el actor demuestre frente a los cargos de la planta de personal Docente del Departamento, con que grado en escalafón docente, frente a los cuales hubo el trato discriminatorio de que fue objeto, pues de lo contrario al no existir referente dentro de la planta de personal de la demandada, bajo el mismo escalafón, no habría lugar a condena alguna, que estableciera el pago de un monto

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>	<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>	Página 11 de 41	

#### ACTA DE REUNION

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	ACTA No. 0019 de 2012	

prestacional por sustracción de materia ante la inexistencia de cargos frente a los cuales se pretende la vulneración del derecho a la igualdad.

Para el caso que nos ocupa, los docentes mencionados, fueron contratados mediante órdenes de prestación de servicios, las cuales por tratarse de una relación contractual, solo fueron ejecutadas por términos estrictamente indispensables y no generan relación laboral ni prestaciones sociales.

Así mismo, tal y como ya vimos antes, la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación. Una vez analizada la solicitud de conciliación, solo se acompañan a ella, copia de las ordenes de prestación de servicios, el reclamo ante la entidad y copia de la respuesta dada, por lo tanto esta asesoría considera que no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar los elementos que factiblemente desvirtúen la relación contractual, en consecuencia no es posible reconocer la existencia de una relación laboral entre los docentes enunciados y la Administración.

#### CONCLUSION

En mérito de todo lo expuesto, me permito manifestarle por su intermedio al Comité de Conciliación, que la modalidad de contratos de prestación de servicios es permitida legalmente sin que generen relación laboral ni el pago de prestaciones sociales por su carácter contractual, que 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, sino que nacen a partir de la sentencia en caso de demostrarse los tres elementos constitutivos, y su exigibilidad desde su ejecutoria, por tratarse de una sentencia constitutiva. Así mismo, con la petición no se aportan elementos probatorios suficientes que permitan desvirtuar la relación contractual con la administración. Todo lo anterior, para manifestarle a través de su intermedio al Comité de Conciliación, que salvo mejor concepto jurídico, se presenta la imposibilidad de presentar fórmula de arreglo alguna dentro de las citaciones para conciliación presentadas por el abogado de la referencia.

Rindo así el concepto solicitado.

Oído lo expuesto por el Dr. Gustavo Davila, el Dr. Luis Vidal Pitta, Secretario Juridico manifiesta que hay sentencias de primera instancia que han resuelto en contra del Departamento y sugiere a los abogados que llevan representacion judicial del Departamento hacer mayor énfasis en la interpretación de la jurisprudencia en lo que se refiere al fenómeno de la prescripción y la caducidad de la acción.

**Oído y analizado todo lo expuesto por el Dr. GUSTAVO DAVILA LUNA Asesor Externo de la Secretaria de Educación, los miembros del Comité de conciliación del Departamento por UNANIMIDAD deciden no llegar a ningún acuerdo conciliatorio.**

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>	<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>	Página 12 de 41	

**ACTA DE REUNION**

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION	Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	<b>ACTA No. 0019 de 2012</b>	

- Las solicitudes de conciliación presentadas por el abogado OSMAN HIPOLITO ROA SARMIENTO, en representación de: LEONOR PATRICIA REYES GALVIS, NUBIA ESTELLA PALLARES OVALLOS, sobre Reconocimiento, liquidación y pago de la de cesantía parcial.

Toma la palabra el Dr. Gustavo Davila y expone: me refiero al asunto de la referencia, oficio mediante el cual remite para la expedición de concepto jurídico respecto de las solicitudes de conciliación presentada por intermedio de apoderado judicial por el docente enunciado, al respecto, me permito conceptual lo siguiente frente a las pretensiones planteadas, manifestando que no se debe acceder a conciliar lo pretendido con fundamento en las siguientes razones de orden factico y legal.

1. El apoderado de la parte convocante cita a la presente conciliación al Departamento Norte de Santander, cuando quien es responsable de la sobre Reconocimiento, liquidación y pago de la de cesantía parcial solicitada es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 fue creado como ***“una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen.***
2. Por su parte el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, estableció que ***“Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.***
3. Como puede verse, lo que existe es una delegación legal de la Nación al Secretario de Educación de las entidades territoriales, para la expedición de los actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones sociales a cargo de dicho Fondo, sin que por ello se vea afectada la responsabilidad del Departamento como entidad territorial en las pretensiones planteadas por el actor. Por lo tanto, en nuestro criterio el departamento Norte de Santander no debe proponer fórmula de arreglo alguna, sin perjuicio de la posición del Fondo

dt

9

*[Handwritten signature]*

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>		<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>		Página 13 de 41	

**ACTA DE REUNION**

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
<b>SESION COMITÉ DE CONCILIACION</b>	<b>ACTA No. 0019 de 2012</b>	

de Prestaciones del Magisterio frente a la argumentación presentada por el apoderado del actor.

Rindo así el concepto solicitado.

**Oído y analizado todo lo expuesto por el Dr. GUSTAVO DAVILA LUNA Asesor Externo de la Secretaria de Educación, los miembros del Comité de conciliación del Departamento por UNANIMIDAD deciden no llegar a ningún acuerdo conciliatorio.**

- **La solicitud de conciliación presentada por el abogado OSMAN HIPOLITO ROA SARMIENTO en representación de JULIO AREVALO PACHECO**

Toma la palabra el Dr. Gustavo Dávila Luna, y expone: me refiero al asunto de la referencia, oficio mediante el cual remite para la expedición de concepto jurídico respecto de la solicitud de conciliación presentada por intermedio de apoderado judicial por las personas enunciadas, al respecto, me permito conceptuar lo siguiente frente a las pretensiones planteadas, manifestando que NO se debe acceder a presentar fórmula de conciliación alguna, con fundamento en las siguientes razones de orden factico y legal.

**DE LA SOLICITUD DE CONCILIACION**

La parte convocante pretende se revoque el oficio SAC 2012 RE4144 del 07 de junio de 2012, mediante el cual se niega la relación laboral existente entre el Departamento Norte de Santander y el convocante durante el tiempo que laboró bajo la modalidad de ordenes de prestación de servicios y en consecuencia se cancele las prestaciones sociales causadas durante ese período.

Que se reconozca la existencia de una relación laboral entre el Departamento Norte de Santander y su poderdante, por cuanto se dan los tres elementos de prestación personal, subordinación y remuneración, dentro de los lapsos comprendidos entre períodos que van de 01 de febrero al 30 de noviembre de 1989, del 01 de febrero al 30 de noviembre de 1990. Consecuencia de lo anterior, solicita se reconozca a su poderdante, las prestaciones sociales que en igualdad de condiciones reconocía a los empleados públicos docentes, efectuar el pago de cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, se reintegren los dineros descontados por retención, y de todos los dineros sean actualizados y se cancelen intereses moratorios.

La cuantía no se determina en las solicitudes de conciliación.

Las pruebas que se pretenden hacer valer con las solicitudes de conciliación son:

- Copia simple de las órdenes de prestación de servicios suscritas.
- Copia del derecho de petición

*af*

*af*

*[Handwritten signature]*

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>	<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>	Página 14 de 41	

### ACTA DE REUNION

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	ACTA No. 0019 de 2012	

- Copia de la respuesta dada al Derecho de petición

### ANTECEDENTES

#### ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DEL CONTRATO REALIDAD

#### **DEBER DE DEMOSTRAR LOS TRES ELEMENTOS QUE PERMITAN DESVIRTUAR LA RELACION CONTRACTUAL**

El consejo de Estado, en fallos como el del 23 de junio de 2005 proferido dentro del expediente No. 0245 C.P. Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, como son la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

Tal consideración se contrapone a la Jurisprudencia anterior, en la que se sostuvo que entre contratante y contratista podía existir una relación coordinada en sus actividades para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o reportar informes sobre sus resultados, sin que ello signifique necesariamente la configuración del elemento de subordinación<sup>8</sup>.

Así las cosas, se concluye que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función pública en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

Por el contrario, existirá una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993, cuando:  
a) se pacte la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, b) el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, c) se le paguen honorarios por los servicios prestados y d) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena señalar que debe ser entendida a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los empleados públicos.

<sup>8</sup> Sala Plena del Consejo de Estado. Sentencia del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>		<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>		Página 15 de 41	

**ACTA DE REUNION**

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	<b>ACTA No. 0019 de 2012</b>	

Cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente conduce al reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el periodo realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que 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 Carta Política respectivamente, superándose de ésta manera la prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados.<sup>9</sup>

Bajo las anteriores precisiones se ha concretado el tratamiento jurisprudencial de los contratos realidad, de donde se concluye en cuanto a su configuración, que constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito<sup>10</sup>.

La viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante según el aforismo "*onus probandi incumbit actori*", dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta.

**EL DERECHO SURGE A PARTIR DE LA SENTENCIA, NO DEL SIMPLE RECLAMO ANTE LA ENTIDAD**

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 de una sentencia constitutiva.

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

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda-Subsección "A". Sentencia 17 de abril de 2008. Rad No. 2776-05. C.P. Jaime Moreno García; Sentencia del 17 de abril de 2008. Rad. No. 1694-07. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; sentencia del 31 de Julio de 2008. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 14 de agosto de 2008. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>10</sup> Consejo de Estado Sección Segunda. Sentencia del 19 de febrero de 2009. Rad. No. 3074-2005. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>	<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>	Página 16 de 41	

**ACTA DE REUNION**

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	ACTA No. 0019 de 2012	

**“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>11</sup>**

Asi mismo 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>12 13</sup>**

De otra parte, en aquellos casos en que se accede a las pretensiones de la demanda, la Sección ha concluido la no prescripción de las prestaciones causadas con ocasión del contrato realidad, en tanto la exigibilidad de los derechos prestacionales en discusión, es literalmente imposible con anterioridad a la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo, de manera pues, que es a partir de tal decisión que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podría operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo.<sup>14</sup>

**Como se observa, 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**

<sup>11</sup> Sentencia de 17 de abril de 2008, M.P. JAIME MORENO GARCIA, Exp. (2776-05), Actor: JOSE NELSON SANDOVAL CÁRDENAS.

<sup>12</sup> Sentencia 6 de marzo de 2008, M. P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Exp. 2152-06, Actor: ROBERTO URANGO CORDERO.

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 4 de marzo de 2010. Rad. No. 25000-23-25-000-2003-04136-01(2175-07) C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

<sup>14</sup> Sentencia del 6 de marzo de 2008. Rad. No. 2152-06. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>	<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>	Página 17 de 41	

**ACTA DE REUNION**

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	ACTA No. 0019 de 2012	

**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.**

Así las cosas, a partir de la sentencia que constituye el derecho en cabeza del contratista, es que queda autorizado para reclamar ante las autoridades administrativas las prestaciones sociales reconocidas a título de indemnización, porque antes de la anulación, el contrato de prestación de servicios gozaba de la presunción de legalidad y el derecho a obtener el pago de las prestaciones sociales materialmente no existía.

**En otros términos, para los contratistas existía un obstáculo de orden legal que no permitía exigir el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales; por ende, se puede afirmar que el derecho a devengarlas sólo surge con certeza, a partir de la expedición de la sentencia.**

**PROBLEMA JURIDICO**

El problema jurídico de fondo se contrae a establecer si el demandante tiene derecho al reconocimiento del "contrato realidad", por los períodos laborados bajo la modalidad de contratos u Órdenes de Prestación de Servicios, así como a las prestaciones sociales correspondientes a tales períodos.

**CONSIDERACIONES**

En primer lugar hay que decir que la contratación de personal antes de la Constitución de 1991, fue una práctica avalada legalmente, pues el personal docente siempre fue insuficiente, y en proceso de profesionalización docente como se muestra con el siguiente recuento normativo.

En efecto, antes de la promulgación de la Constitución de 1991 y de la Ley 115 de 1994, el Decreto 2762 del 14 de Octubre de 1980 y la Resolución 22224 del 21 de noviembre de 1980, reglamentaron lo relacionado a capacitación de docentes, la formación permanente y en servicio, y la profesionalización. Allí se encuentra la definición de la profesionalización como **"el programa que se ofrecerá a los educadores en servicio que deseen obtener el título de bachiller pedagógico, técnico en educación, tecnólogo en educación o licenciado en ciencias de la educación."**

El parágrafo 1 del artículo 6 de la Ley 60 de 1993, **fijó que los docentes temporales vinculados por contrato a los servicios educativos estatales antes del 30 de junio de 1993** que llenarán los requisitos de la carrera docente, serían incorporados a las plantas de personal de los departamentos o distritos previo estudio de necesidades y ampliación de la planta de personal. La vinculación de docentes temporales sería gradual, y debía efectuarse de conformidad con un plan de incorporación que debía ser proporcional al incremento anual del situado fiscal y con recursos propios de las

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>	<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>	Página 18 de 41	

**ACTA DE REUNION**

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	<b>ACTA No. 0019 de 2012</b>	

entidades territoriales y en un término no mayor a los seis años contados a partir de la publicación de la Ley 60 de 1993.

El 8 de febrero de 1994 se expide la Ley 115 ó Ley General de la Educación, y en el párrafo primero del artículo 105, estableció que al personal que para la fecha en que entro en vigencia esta ley, estaba vinculado, se le respetaría la estabilidad laboral, y en el caso de los bachilleres no escalafonados, que estos tendrían derecho a incorporarse al Escalafón Nacional Docente, siempre y cuando llenasen los requisitos respectivos, en un plazo no mayor de dos (2) años. Esta misma norma fue clara al establecer que si transcurrido este plazo, estos bachilleres no se habían escalafonado, serían desvinculados del servicio educativo, salvo los bachilleres que se encontrarán en ese momento prestando su servicio docente en zonas de difícil acceso, y en proceso de profesionalización comprobado, en cuyo caso contaban con dos años adicionales para tal efecto.

Vale la pena señalar, que la norma no establece a partir de que fecha se debían contar los dos y cuatro años a los que se refiere, para que los bachilleres no escalafonados reunieran requisitos y se incorporasen al Escalafón Nacional Docente.

En el párrafo tercero el artículo 105, **se ordenaba que los docentes temporales vinculados por contrato de acuerdo al párrafo 1 del artículo 6 de la Ley 60 de 1993 se les siguiera contratando sucesivamente para el periodo académico siguiente hasta cuando pudieran ser vinculados a la planta de personal docente territorial.**

La Resolución Ministerial No. 5660 del 8 de Julio de 1994, en desarrollo de la Ley 115 del mismo año, fijó los criterios para el establecimiento de los planes de profesionalización de bachilleres no escalafonados.

En dicha Resolución, se estableció que sólo podrían participar en los programas de profesionalización, los bachilleres vinculados al servicio educativo estatal no escalafonados **y, los vinculados por contrato antes del 30 de Junio de 1993 de acuerdo a lo establecido por el párrafo 1 del artículo 6 de la Ley 60 de 1993,** y que para obtener el título de bachiller pedagógico en ambos casos, tendrían un plazo de dos años continuos contados a partir de la iniciación de estudios, y que de todas maneras, el proceso de profesionalización debe estar culminado antes del 12 de agosto de 1999. Estableció nuevamente, que en el caso de los docentes que laboraban en zonas de difícil acceso, y que hubiesen iniciado la profesionalización antes del 8 de febrero de 1994, dispondrían de cuatro (4) años continuos para obtener el título que les permitiera escalafonarse.

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>		<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>		Página 19 de 41	

**ACTA DE REUNION**

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
<b>SESION COMITÉ DE CONCILIACION</b>	<b>ACTA No. 0019 de 2012</b>	

El 6 de Diciembre de 1994, la Corte Constitucional en Sentencia C-555 declaró inexecutable el parágrafo 1 del artículo 6 de la Ley 60 de 1993, lo cual implicó que los docentes temporales vinculados por contrato antes del 30 de junio de 1993 no tuvieran ningún privilegio especial para ser vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales. La declaración de inexecutable, tuvo como fundamento la situación de desigualdad que generaba la existencia de dos regímenes para la vinculación de educadores al servicio del Estado: docentes contratistas y docentes empleados públicos.

Este fallo de la corte, condujo a la imposibilidad de incorporación automática por parte de las entidades territoriales de prorrogar los contratos de servicios suscritos con algunos docentes. Es decir, los educadores que hasta la fecha de la sentencia venían prestando sus servicios no podían seguir haciéndolo, hasta no cumplir los requisitos para ello. Esto es, presentarse al respectivo concurso y ser seleccionados para tal efecto. Por tanto cualquier incorporación automática devendría en ilegal, además de acarrear las sanciones para quien la autorizare.

Por otra parte, las órdenes de prestación de servicios, son una forma de contratación estatal, que se encuentra establecida en el artículo 32 de la ley 80 de 1993:

**“Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:**

**3. ...**

**4. ...**

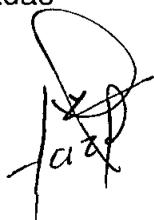
**3o. Contrato de prestación de servicios**

*Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.*

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”*

Entonces, el contrato de prestación de servicios representa una forma de contratación de carácter excepcional que generalmente no obliga al cumplimiento de jornadas





 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>	<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>	Página 20 de 41	

### ACTA DE REUNION

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	<b>ACTA No. 0019 de 2012</b>	

ordinarias de trabajo; no permite que se paguen en la remuneración prestaciones sociales, es decir, que no hay sobre el contratista manera de ejercer mando, pues éste detenta autonomía técnica, profesional o científica para ejecutar su labor, por lo cual no encaja dentro de los contratos de trabajo, más aún cuando en la misma norma se señala que se realizarán por el término estrictamente necesario, tal y como sucede en el presente caso.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, toda vez que la vinculación a través de orden de prestación de servicios, tiene el carácter de contractual, es decir, es fruto del acuerdo de voluntades entre las partes y con el lleno de los requisitos legales.

### CASO CONCRETO

Ahora bien, la parte convocante pretende se declare la existencia de una relación laboral subordinada, pero se pregunta: ¿frente a qué cargo? Pues de la solicitud de conciliación proforma presentada, no indica frente a qué nivel de escalafón, para especificar un cargo docente frente al cual hubo desigualdad, y que requisitos cumplieron sus apoderados para acceder a la declaratoria de la relación laboral subordinada, y que permitan establecer un trato indiscriminatorio frente a los docentes de la Planta de Personal del Departamento, pues si eventualmente se declarara la misma, cuál sería la condena para la entidad, o con base en qué se debe liquidar lo reclamado?

Todo ello denota una deficiente formulación de la solicitud de conciliación lo que impediría llegar a una condena en contra de la entidad, pues no hay referente alguno para establecer un criterio comparativo que permita establecer que la entidad territorial violó el derecho a la igualdad de los docentes enunciados, pues no podría establecerse un punto de comparación con docentes del orden departamental o nacional para definir así tal violación.

Frente a ello ya ha tenido oportunidad de pronunciarse la Corte Constitucional en LA SENTENCIA T-338/03 de acción de tutela, en donde determinó que la igualdad es entre iguales no pudiendo predicarse entre entidades ni siquiera de orden similar, veamos:

*“Es preciso demostrar un criterio de comparación, como referente valorativo en relación con el cual se lleva a cabo el juicio de igualdad. Así quien pretende alegar que esta siendo objeto de un trato discriminatorio debe enfrentar su situación particular a aquella de otras personas que estando en igualdad de circunstancias fácticas y bajo los mismos parámetros legales está teniendo un trato preferente, con lo cual quedaría demostrada la discriminación. En el presente caso se observa lo siguiente: Para demostrar la supuesta violación al derecho a la igualdad, el accionante establece un criterio de comparación con médicos de otra institución de salud, su antiguo empleador, a quienes se les sigue pagando las*

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>	<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>	Página 21 de 41	

**ACTA DE REUNION**

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	<b>ACTA No. 0019 de 2012</b>	

*prestaciones laborales. Sin embargo, el actor en ningún momento establece tal comparación con los médicos de la misma entidad de salud del orden municipal a la cual pertenece en este momento, y frente a cuyos médicos es que debe buscar establecer la comparación necesaria para determinar si existe o no una violación de su derecho fundamental a la igualdad. Como lo ha dicho la jurisprudencia, no puede predicarse un trato igual a situaciones de hecho diferenciadas."*

Conforme a lo anterior es preciso que el actor demuestre frente a los cargos de la planta de personal Docente del Departamento, con que grado en escalafón docente, frente a los cuales hubo el trato discriminatorio de que fue objeto, pues de lo contrario al no existir referente dentro de la planta de personal de la demandada, bajo el mismo escalafón, no habría lugar a condena alguna, que estableciera el pago de un monto prestacional por sustracción de materia ante la inexistencia de cargos frente a los cuales se pretende la vulneración del derecho a la igualdad.

Para el caso que nos ocupa, los docentes mencionados, fueron contratados mediante órdenes de prestación de servicios, las cuales por tratarse de una relación contractual, solo fueron ejecutadas por términos estrictamente indispensables y no generan relación laboral ni prestaciones sociales.

Así mismo, tal y como ya vimos antes, la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación. Una vez analizada la solicitud de conciliación, solo se acompañan a ella, copia de las ordenes de prestación de servicios, el reclamo ante la entidad y copia de la respuesta dada, por lo tanto esta asesoría considera que no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar los elementos que factiblemente desvirtúen la relación contractual, en consecuencia no es posible reconocer la existencia de una relación laboral entre los docentes enunciados y la Administración.

**CONCLUSION**

En mérito de todo lo expuesto, me permito manifestarle por su intermedio al Comité de Conciliación, que la modalidad de contratos de prestación de servicios es permitida legalmente sin que generen relación laboral ni el pago de prestaciones sociales por su carácter contractual, que 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, sino que nacen a partir de la sentencia en caso de demostrarse los tres elementos constitutivos, y su exigibilidad desde su ejecutoria, por tratarse de una sentencia constitutiva. Así mismo, con la petición no se aportan elementos probatorios suficientes que permitan desvirtuar la relación contractual con la administración. Todo lo anterior, para manifestarle a través

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>	<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>	Página 22 de 41	

**ACTA DE REUNION**

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
<b>SESION COMITÉ DE CONCILIACION</b>	<b>ACTA No. 0019 de 2012</b>	

de su intermedio al Comité de Conciliación, que salvo mejor concepto jurídico, se presenta la imposibilidad de presentar fórmula de arreglo alguna dentro de las citaciones para conciliación presentadas por el abogado de la referencia.

Rindo así el concepto solicitado.

**Oído y analizado todo lo expuesto por el Dr. GUSTAVO DAVILA LUNA Asesor Externo de la Secretaria de Educación, los miembros del Comité de conciliación del Departamento por UNANIMIDAD deciden no llegar a ningún acuerdo conciliatorio.**

- **La solicitud de conciliación presentada por el abogado OSMAN HIPOLITO ROA SARMIENTO en representación de RUBIELA DEL SOCORRO CALDERON QUINTERO.**

Toma la palabra el Dr. Gustavo Davila y expone: me refiero al asunto de la referencia, oficio mediante el cual remite para la expedición de concepto jurídico respecto de la solicitud de conciliación presentada por intermedio de apoderado judicial por las personas enunciadas, al respecto, me permito conceptuar lo siguiente frente a las pretensiones planteadas, manifestando que NO se debe acceder a presentar fórmula de conciliación alguna, con fundamento en las siguientes razones de orden factico y legal.

**DE LA SOLICITUD DE CONCILIACION**

La parte convocante pretende se revoque el oficio SAC 2012 RE4143 del 07 de junio de 2012, mediante el cual se niega la relación laboral existente entre el Departamento Norte de Santander y el convocante durante el tiempo que laboró bajo la modalidad de ordenes de prestación de servicios y en consecuencia se cancele las prestaciones sociales causadas durante ese período.

Que se reconozca la existencia de una relación laboral entre el Departamento Norte de Santander y su poderdante, por cuanto se dan los tres elementos de prestación personal, subordinación y remuneración, dentro de los lapsos comprendidos entre el período de 2003. Consecuencia de lo anterior, solicita se reconozca a su poderdante, las prestaciones sociales que en igualdad de condiciones reconocía a los empleados públicos docentes, efectuar el pago de cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, se reintegren los dineros descontados por reterfuente, y de todos los dineros sean actualizados y se cancelen intereses moratorios.

La cuantía no se determina en las solicitudes de conciliación.

Las pruebas que se pretenden hacer valer con las solicitudes de conciliación son:

- Copia simple de las órdenes de prestación de servicios suscritas.
- Copia del derecho de petición
- Copia de la respuesta dada al Derecho de petición





 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>	<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>	Página 23 de 41	

### ACTA DE REUNION

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	<b>ACTA No. 0019 de 2012</b>	

## ANTECEDENTES

### ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DEL CONTRATO REALIDAD

#### **DEBER DE DEMOSTRAR LOS TRES ELEMENTOS QUE PERMITAN DESVIRTUAR LA RELACION CONTRACTUAL**

El consejo de Estado, en fallos como el del 23 de junio de 2005 proferido dentro del expediente No. 0245 C.P. Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, como son la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

Tal consideración se contraponen a la Jurisprudencia anterior, en la que se sostuvo que entre contratante y contratista podía existir una relación coordinada en sus actividades para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o reportar informes sobre sus resultados, sin que ello signifique necesariamente la configuración del elemento de subordinación<sup>15</sup>.

Así las cosas, se concluye que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función pública en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

Por el contrario, existirá una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993, cuando:

- se pacte la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública,
- el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada,
- se le paguen honorarios por los servicios prestados y
- la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados.

Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena señalar que debe ser entendida a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los empleados públicos.

Cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente conduce al reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el periodo

<sup>15</sup> Sala Plena del Consejo de Estado. Sentencia del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>	<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>	Página 24 de 41	

**ACTA DE REUNION**

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	<b>ACTA No. 0019 de 2012</b>	

realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que 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 Carta Política respectivamente, superándose de ésta manera la prolongada tesis que prohibía la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados.<sup>16</sup>

Bajo las anteriores precisiones se ha concretado el tratamiento jurisprudencial de los contratos realidad, de donde se concluye en cuanto a su configuración, que constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito<sup>17</sup>.

La viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante según el aforismo "*onus probandi incumbit actori*", dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta.

**EL DERECHO SURGE A PARTIR DE LA SENTENCIA, NO DEL SIMPLE RECLAMO ANTE LA ENTIDAD**

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 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**

<sup>16</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda-Subsección "A". Sentencia 17 de abril de 2008. Rad No. 2776-05. C.P. Jaime Moreno García; Sentencia del 17 de abril de 2008. Rad. No. 1694-07. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; sentencia del 31 de Julio de 2008. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 14 de agosto de 2008. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>17</sup> Consejo de Estado Sección Segunda. Sentencia del 19 de febrero de 2009. Rad. No. 3074-2005. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>	<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>	Página 25 de 41	

**ACTA DE REUNION**

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	ACTA No. 0019 de 2012	

**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>18</sup>**

Asi mismo 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>19 20</sup>**

De otra parte, en aquellos casos en que se accede a las pretensiones de la demanda, la Sección ha concluido la no prescripción de las prestaciones causadas con ocasión del contrato realidad, en tanto la exigibilidad de los derechos prestacionales en discusión, es literalmente imposible con anterioridad a la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo, de manera pues, que es a partir de tal decisión que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podría operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo.<sup>21</sup>

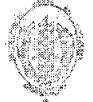
**Como se observa, el derecho surge desde el momento en que la sentencia lo constituye a favor del contratista junto al restablecimiento traducido en el pago de la suma indemnizatoria, porque previo a la expedición de la sentencia que declara la primacía de la realidad laboral sobre la contractual, no existe ningún derecho a favor del contratista de prestación de servicios emanado de un vínculo laboral,**

<sup>18</sup> Sentencia de 17 de abril de 2008, M.P. JAIME MORENO GARCIA, Exp. (2776-05), Actor: JOSE NELSON SANDOVAL CÁRDENAS.

<sup>19</sup> Sentencia 6 de marzo de 2008, M. P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Exp. 2152-06, Actor: ROBERTO URANGO CORDERO.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 4 de marzo de 2010. Rad. No. 25000-23-25-000-2003-04136-01(2175-07) C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

<sup>21</sup> Sentencia del 6 de marzo de 2008. Rad. No. 2152-06. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>	<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>	Página 26 de 41	

### ACTA DE REUNION

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	ACTA No. 0019 de 2012	

**con lo que resulta, que es imposible que se pueda predicar la prescripción de un derecho que no ha nacido a la vida jurídica.**

Así las cosas, a partir de la sentencia que constituye el derecho en cabeza del contratista, es que queda autorizado para reclamar ante las autoridades administrativas las prestaciones sociales reconocidas a título de indemnización, porque antes de la anulación, el contrato de prestación de servicios gozaba de la presunción de legalidad y el derecho a obtener el pago de las prestaciones sociales materialmente no existía.

**En otros términos, para los contratistas existía un obstáculo de orden legal que no permitía exigir el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales; por ende, se puede afirmar que el derecho a devengarlas sólo surge con certeza, a partir de la expedición de la sentencia.**

### PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico de fondo se contrae a establecer si el demandante tiene derecho al reconocimiento del "contrato realidad", por los períodos laborados bajo la modalidad de contratos u Órdenes de Prestación de Servicios, así como a las prestaciones sociales correspondientes a tales períodos.

### CONSIDERACIONES

En primer lugar hay que decir que la contratación de personal antes de la Constitución de 1991, fue una práctica avalada legalmente, pues el personal docente siempre fue insuficiente, y en proceso de profesionalización docente como se muestra con el siguiente recuento normativo.

En efecto, antes de la promulgación de la Constitución de 1991 y de la Ley 115 de 1994, el Decreto 2762 del 14 de Octubre de 1980 y la Resolución 22224 del 21 de noviembre de 1980, reglamentaron lo relacionado a capacitación de docentes, la formación permanente y en servicio, y la profesionalización. Allí se encuentra la definición de la profesionalización como **"el programa que se ofrecerá a los educadores en servicio que deseen obtener el título de bachiller pedagógico, técnico en educación, tecnólogo en educación o licenciado en ciencias de la educación."**

El parágrafo 1 del artículo 6 de la Ley 60 de 1993, **fijó que los docentes temporales vinculados por contrato a los servicios educativos estatales antes del 30 de junio de 1993** que llenarán los requisitos de la carrera docente, serán incorporados a las plantas de personal de los departamentos o distritos previo estudio de necesidades y ampliación de la planta de personal. La vinculación de docentes temporales sería gradual, y debía efectuarse de conformidad con un plan de incorporación que debía ser proporcional al incremento anual del situado fiscal y con recursos propios de las entidades territoriales y en un término no mayor a los seis años contados a partir de la publicación de la Ley 60 de 1993.

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>	<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>	Página 27 de 41	

**ACTA DE REUNION**

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	<b>ACTA No. 0019 de 2012</b>	

El 8 de febrero de 1994 se expide la Ley 115 ó Ley General de la Educación, y en el párrafo primero del artículo 105, estableció que al personal que para la fecha en que entro en vigencia esta ley, estaba vinculado, se le respetaría la estabilidad laboral, y en el caso de los bachilleres no escalafonados, que estos tendrían derecho a incorporarse al Escalafón Nacional Docente, siempre y cuando llenasen los requisitos respectivos, en un plazo no mayor de dos (2) años. Esta misma norma fue clara al establecer que si transcurrido este plazo, estos bachilleres no se habían escalafonado, serían desvinculados del servicio educativo, salvo los bachilleres que se encontrarán en ese momento prestando su servicio docente en zonas de difícil acceso, y en proceso de profesionalización comprobado, en cuyo caso contaban con dos años adicionales para tal efecto.

Vale la pena señalar, que la norma no establece a partir de que fecha se debían contar los dos y cuatro años a los que se refiere, para que los bachilleres no escalafonados reunieran requisitos y se incorporasen al Escalafón Nacional Docente.

En el párrafo tercero el artículo 105, **se ordenaba que los docentes temporales vinculados por contrato de acuerdo al párrafo 1 del articulo 6 de la Ley 60 de 1993 se les siguiera contratando sucesivamente para el periodo académico siguiente hasta cuando pudieran ser vinculados a la planta de personal docente territorial.**

La Resolución Ministerial No. 5660 del 8 de Julio de 1994, en desarrollo de la Ley 115 del mismo año, fijó los criterios para el establecimiento de los planes de profesionalización de bachilleres no escalafonados.

En dicha Resolución, se estableció que sólo podrían participar en los programas de profesionalización, los bachilleres vinculados al servicio educativo estatal no escalafonados **y, los vinculados por contrato antes del 30 de Junio de 1993 de acuerdo a lo establecido por el párrafo 1 del articulo 6 de la Ley 60 de 1993,** y que para obtener el título de bachiller pedagógico en ambos casos, tendrían un plazo de dos años continuos contados a partir de la iniciación de estudios, y que de todas maneras, el proceso de profesionalización debe estar culminado antes del 12 de agosto de 1999. Estableció nuevamente, que en el caso de los docentes que laboraban en zonas de difícil acceso, y que hubiesen iniciado la profesionalización antes del 8 de febrero de 1994, dispondrían de cuatro (4) años continuos para obtener el titulo que les permitiera escalafonarse.

*Handwritten mark*

*Handwritten mark*

*Handwritten signature*

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>	<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>	Página 28 de 41	

**ACTA DE REUNION**

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	<b>ACTA No. 0019 de 2012</b>	

El 6 de Diciembre de 1994, la Corte Constitucional en Sentencia C-555 declaró inexecutable el parágrafo 1 del artículo 6 de la Ley 60 de 1993, lo cual implicó que los docentes temporales vinculados por contrato antes del 30 de junio de 1993 no tuvieran ningún privilegio especial para ser vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales. La declaración de inexecutable, tuvo como fundamento la situación de desigualdad que generaba la existencia de dos regímenes para la vinculación de educadores al servicio del Estado: docentes contratistas y docentes empleados públicos.

Este fallo de la corte, condujo a la imposibilidad de incorporación automática por parte de las entidades territoriales de prorrogar los contratos de servicios suscritos con algunos docentes. Es decir, los educadores que hasta la fecha de la sentencia venían prestando sus servicios no podían seguir haciéndolo, hasta no cumplir los requisitos para ello. Esto es, presentarse al respectivo concurso y ser seleccionados para tal efecto. Por tanto cualquier incorporación automática devendría en ilegal, además de acarrear las sanciones para quien la autorizare.

Por otra parte, las órdenes de prestación de servicios, son una forma de contratación estatal, que se encuentra establecida en el artículo 32 de la ley 80 de 1993:

**“Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:**

5. ...
6. ...

**3o. Contrato de prestación de servicios**

*Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.*

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”*

Entonces, el contrato de prestación de servicios representa una forma de contratación de carácter excepcional que generalmente no obliga al cumplimiento de jornadas ordinarias de trabajo; no permite que se paguen en la remuneración prestaciones

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>	<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>	Página 29 de 41	

### ACTA DE REUNION

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	ACTA No. 0019 de 2012	

sociales, es decir, que no hay sobre el contratista manera de ejercer mando, pues éste detenta autonomía técnica, profesional o científica para ejecutar su labor, por lo cual no encaja dentro de los contratos de trabajo, más aún cuando en la misma norma se señala que se realizarán por el término estrictamente necesario, tal y como sucede en el presente caso.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, toda vez que la vinculación a través de orden de prestación de servicios, tiene el carácter de contractual, es decir, es fruto del acuerdo de voluntades entre las partes y con el lleno de los requisitos legales.

### CASO CONCRETO

Ahora bien, la parte convocante pretende se declare la existencia de una relación laboral subordinada, pero se pregunta: ¿frente a qué cargo? Pues de la solicitud de conciliación proforma presentada, no indica frente a qué nivel de escalafón, para especificar un cargo docente frente al cual hubo desigualdad, y que requisitos cumplieron sus apoderados para acceder a la declaratoria de la relación laboral subordinada, y que permitan establecer un trato indiscriminatorio frente a los docentes de la Planta de Personal del Departamento, pues si eventualmente se declarara la misma, cuál sería la condena para la entidad, o con base en qué se debe liquidar lo reclamado?

Todo ello denota una deficiente formulación de la solicitud de conciliación lo que impediría llegar a una condena en contra de la entidad, pues no hay referente alguno para establecer un criterio comparativo que permita establecer que la entidad territorial violó el derecho a la igualdad de los docentes enunciados, pues no podría establecerse un punto de comparación con docentes del orden departamental o nacional para definir así tal violación.

Frente a ello ya ha tenido oportunidad de pronunciarse la Corte Constitucional en LA SENTENCIA T-338/03 de acción de tutela, en donde determinó que la igualdad es entre iguales no pudiendo predicarse entre entidades ni siquiera de orden similar, veamos:

*“Es preciso demostrar un criterio de comparación, como referente valorativo en relación con el cual se lleva a cabo el juicio de igualdad. Así quien pretende alegar que esta siendo objeto de un trato discriminatorio debe enfrentar su situación particular a aquella de otras personas que estando en igualdad de circunstancias fácticas y bajo los mismos parámetros legales está teniendo un trato preferente, con lo cual quedaría demostrada la discriminación. En el presente caso se observa lo siguiente: Para demostrar la supuesta violación al derecho a la igualdad, el accionante establece un criterio de comparación con médicos de otra institución de salud, su antiguo empleador, a quienes se les sigue pagando las prestaciones laborales. Sin embargo, el actor en ningún momento*

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>	<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>	Página 30 de 41	

**ACTA DE REUNION**

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	<b>ACTA No. 0019 de 2012</b>	

*establece tal comparación con los médicos de la misma entidad de salud del orden municipal a la cual pertenece en este momento, y frente a cuyos médicos es que debe buscar establecer la comparación necesaria para determinar si existe o no una violación de su derecho fundamental a la igualdad. Como lo ha dicho la jurisprudencia, no puede predicarse un trato igual a situaciones de hecho diferenciadas."*

Conforme a lo anterior es preciso que el actor demuestre frente a los cargos de la planta de personal Docente del Departamento, con que grado en escalafón docente, frente a los cuales hubo el trato discriminatorio de que fue objeto, pues de lo contrario al no existir referente dentro de la planta de personal de la demandada, bajo el mismo escalafón, no habría lugar a condena alguna, que estableciera el pago de un monto prestacional por sustracción de materia ante la inexistencia de cargos frente a los cuales se pretende la vulneración del derecho a la igualdad.

Para el caso que nos ocupa, los docentes mencionados, fueron contratados mediante órdenes de prestación de servicios, las cuales por tratarse de una relación contractual, solo fueron ejecutadas por términos estrictamente indispensables y no generan relación laboral ni prestaciones sociales.

Así mismo, tal y como ya vimos antes, la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación. Una vez analizada la solicitud de conciliación, solo se acompañan a ella, copia de las ordenes de prestación de servicios, el reclamo ante la entidad y copia de la respuesta dada, por lo tanto esta asesoría considera que no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar los elementos que factiblemente desvirtúen la relación contractual, en consecuencia no es posible reconocer la existencia de una relación laboral entre los docentes enunciados y la Administración.

**CONCLUSION**

En mérito de todo lo expuesto, me permito manifestarle por su intermedio al Comité de Conciliación, que la modalidad de contratos de prestación de servicios es permitida legalmente sin que generen relación laboral ni el pago de prestaciones sociales por su carácter contractual, que 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, sino que nacen a partir de la sentencia en caso de demostrarse los tres elementos constitutivos, y su exigibilidad desde su ejecutoria, por tratarse de una sentencia constitutiva. Así mismo, con la petición no se aportan elementos probatorios suficientes que permitan desvirtuar la relación contractual con la administración. Todo lo anterior, para manifestarle a través de su intermedio al Comité de Conciliación, que salvo mejor concepto jurídico, se

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>		<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>		Página 31 de 41	

**ACTA DE REUNION**

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
<b>SESION COMITÉ DE CONCILIACION</b>	<b>ACTA No. 0019 de 2012</b>	

presenta la imposibilidad de presentar fórmula de arreglo alguna dentro de las citaciones para conciliación presentadas por el abogado de la referencia.

Rindo así el concepto solicitado.

**Oído y analizado todo lo expuesto por el Dr. GUSTAVO DAVILA LUNA Asesor Externo de la Secretaria de Educación, los miembros del Comité de conciliación del Departamento por UNANIMIDAD deciden no llegar a ningún acuerdo conciliatorio.**

- **La solicitud de conciliación de la Convocante: GLADYS AMPARO ROJAS CORREA. Convocados: MUNICIPIO DE GRAMALOTE-DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER--NACION FONDO NACIONAL DE CALAMIDADES.**

Toma la palabra el Dr. Gustavo Davila y expone: **HECHOS:** Que su poderdante presto los servicios de transporte a favor del municipio de Gramalote desde la ciudad de Cúcuta hasta el municipio de Santiago, de los alumnos que estudiaban en el Colegio Sagrado Corazón de Jesús en el Municipio de Gramalote y con ocasión del desastre fueron remitidos al Colegio Municipal de Santiago, servicio de transporte de todos los grados y edades con salida diaria al Municipio de Santiago a las 10:30 am y retorno a las 5:30 pm a la ciudad de Cúcuta.

Que el día 12 de agosto de 2011, en reunión celebrada en las instalaciones del Club Comercio de Cúcuta, se reunieron varias entidades y surgió un acta de compromiso que consta en dos folios suscrita por el Sr. Gobernador del Departamento Norte de Santander, William Villamizar Laguado, el Sr. José de los Reyes Pardo Gómez, Coordinador Regional para la Organización Internacional para las Migraciones y el Sr. Ciro Alfonso Sandoval Ayala, en su calidad de Alcalde Municipal de Gramalote, para el pago del servicio de transporte adeudado.

Que el día 4 de noviembre de 2011, la señora Gladys Amparo Rojas Correa solicito al Dr. William Villamizar Laguado, Gobernador del Departamento Norte de Santander, el pago de lo adeudado por concepto del servicio de transporte prestado a los jóvenes que se encontraban estudiando en el Colegio de Gramalote y que después del siniestro estudiaron en el Colegio de Santiago y que actualmente se encuentran ubicados en la ciudad de Cúcuta y en la zona rural de Gramalote.

Que el día 07 de diciembre de 2011, la sra. Gladys Amparo Rojas Correa, reitera al Dr. William Villamizar Laguado, Gobernador del Departamento Norte de Santander, el pago de lo adeudado por concepto del servicio de transporte prestado a los jóvenes que se encontraban estudiando en el Colegio de Gramalote y que después del siniestro estudiaron en el Colegio de Santiago y que actualmente se encuentran ubicados en la ciudad de Cúcuta y en la zona rural de Gramalote.

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>		<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>		Página 32 de 41	

**ACTA DE REUNION**

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	<b>ACTA No. 0019 de 2012</b>	

El día 26 de Diciembre de 2011, la Señora ROJAS CORREA, reitera a la Gobernación de Norte de Santander, concepto del servicio de transporte prestado durante dos (2) meses, a los jóvenes que se encontraban estudiando en el Colegio de Gramalote y que después del siniestro estudiaron en el Colegio de Sanmtiago y que actualmente se encuentran ubicados en la ciudad de Cúcuta y en la zona rural de Gramalote.

**PRETENSIONES**

PRIMERA: Que se reconozca y cancele la suma de CUARENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS (\$44.000.000) por concepto de la prestación del servicio de transporte durante dos(2) meses, termino en el cual se transporto a los jóvenes que estudiaron en el Colegio Municipal de Santiago, provenientes del Colegio Sagrado Corazón de Jesús del Municipio de Gramalote, con ocasión de la destrucción del citado municipio; mas los intereses moratorios causados a la máxima legal desde el mes de febrero de 2012 a la fecha, a razón de QUINIENTOS SESENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS PESOS (\$563.200) mensuales que dan una cuantía del orden de los OCHO MILLONES CUATROSCIENTOS CUARENTA Y OPCHO MIL PESOS (\$8.448.000), y desde luego los daños y perjuicios causados a su poderdante, con motivo del no pago del servicio de transporte que presto a los jóvenes provenientes del Municipio de Gramalote.

**CUANTIA**

*"De conformidad con lo preceptuado en el artículo 3 de la Ley 1395 de 2010, la cuantía se estima por el valor de la suma de todas las pretensiones acumuladas al momento de la presentación de la demanda, razón por la cual la suma total de las pretensiones de la solicitud se estima en 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de presentación de la misma"* (Tomado de la solicitud de conciliación).

Conforme a la pretensión principal de la solicitud de Conciliación bajo estudio, el Convocante solicita, de CUARENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS (\$44.000.000) por concepto de la prestación del servicio de transporte durante dos(2) meses y OCHO MILLONES CUATROSCIENTOS CUARENTA Y OPCHO MIL PESOS (\$8.448.000) por intereses moratorios causados a la máxima legal desde el mes de febrero de 2012 a la fecha.

**PRUEBAS**

- Acta de compromiso suscrita el día 12 de agosto de 2011, suscrita por el Sr. Gobernador del Departamento Norte de Santander, William Villamizar Laguado, el Sr. José de los Reyes Pardo Gómez, Coordinador Regional para la Organización Internacional para las Migraciones y el Sr. Ciro Alfonso Sandoval Ayala, en su calidad de Alcalde Municipal de Gramalote.

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>	<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>	Página 33 de 41	

**ACTA DE REUNION**

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
<b>SESION COMITÉ DE CONCILIACION</b>	<b>ACTA No. 0019 de 2012</b>	

- Solicitud del 04 de noviembre de 2011, presentada por la señora ROJAS CORREA.
- Solicitud del 7 de Diciembre de 2011, presentada por la señora ROJAS CORREA.
- Solicitud del 26 de Diciembre de 2011, presentada por la señora ROJAS CORREA.
- Fotocopia de la cedula de la Convocante.
- Fotocopia del RUT de la convocante
- Listado de alumnos transportados.
- Certificación del servicio de transporte prestado, expedida por el Personero Municipal de Gramalote.
- Cuenta de Cobro del servicio de transporte prestado por la convocante.
- Certificación del servicio de transporte prestado, expedida por la Señora MARTHA LIGIA MONTOYA GOMEZ, madre de familia de los jóvenes transportados.
- Certificación del servicio de transporte prestado, expedida por el Rector de la IE Sagrado Corazón de Jesús.
- Certificación sobre la prestación del servicio de transporte, expedida por el Alcalde Municipal de Gramalote.
- Oficio Radicado No. SJ 10000-0991 del 20 de junio de 2012, suscrito por el Dr. Vidal Pitta Correa, Secretario Jurídico del Departamento.
- Decreto No. 053 del 07 de Diciembre de 2010, "*Por medio del cual se declara la emergencia invernal en el municipio de Gramalote, Norte de Santander Vigencia 2010*", expedido por el Alcalde Municipal de Gramalote.
- Decreto No, 061 del 20 de Diciembre de 2010, "*por medio de la cual se declara la situación de desastre en el Municipio de Gramalote, Norte de Santander*", expedido por el Alcalde Municipal de Gramalote.
- Decreto No. 062 del 21 de Diciembre de 2010, "*por medio de la cual se declara la urgencia manifiesta en el Municipio de Gramalote, Norte de Santander*", expedido por el Alcalde Municipal de Gramalote.

**PROBLEMA JURIDICO**

El problema jurídico de fondo se contrae a establecer si es viable el reconocimiento y pago de lo solicitado por la convocante, teniendo en cuenta que la obligación se encuentra respaldada en una Acta de Compromiso suscrita por diferentes entes, entre estos, el Departamento Norte de Santander.

**CONSIDERACIONES**

El Consejo de Estado ha reiterado que la obligación de garantizar el cumplimiento de las normas contractuales es en principio de la entidad pública, pese a lo cual, si se ha ejecutado una obra, o prestado un servicio a favor de la misma, sin que medie un contrato debidamente perfeccionado, procede la acción de Reparación Directa por

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>	<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>	Página 34 de 41	

**ACTA DE REUNION**

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	ACTA No. 0019 de 2012	

enriquecimiento sin causa a favor del particular afectado, de la cual es competente para conocer la Jurisdicción Contencioso Administrativa y mediante la cual en varios casos el Estado ha sido obligado a pagar los bienes, servicios u obras recibidos, acudiendo al principio de que nadie debe enriquecerse sin causa, el cual se hace eficaz mediante la denominada "actio in rem verso".

Así las cosas, la entidad pública será condenada al pago siempre que se demuestre que la ejecución efectiva de la obra o servicio a conocimiento y satisfacción de la entidad demandada, y que su falta de pago ha ocasionado que el demandado se ha enriquecido, que el demandante se haya empobrecido correlativamente, y que este desplazamiento patrimonial carezca de causa que lo justifique.

El sólo traslado o desequilibrio patrimonial –enriquecimiento y correlativo empobrecimiento- más la verificación de ausencia de sustento contractual, resulta insuficiente para efectos de concluir acerca de la existencia de un enriquecimiento sin justa causa que dé lugar al reconocimiento de una compensación, por cuanto en estos casos es necesario analizar también la conducta de las partes de la relación negocial, así como determinar las circunstancias en medio de las cuales se produjo la ejecución de prestaciones sin soporte contractual; debiéndose determinar la buena fe con la que han actuado, para descartar de esta manera que el empobrecimiento de quien reclama haya obedecido a circunstancias sólo imputables a su propia conducta, como cuando por su cuenta y riesgo decide adelantar la prestación sin contar con la instrucción o con el visto bueno de la Administración Pública, pues en tal caso estará llamado a soportar la disminución patrimonial que sufra.

La Sala otorga preponderancia y actuación práctica al principio constitucional de la buena fe a favor de los administrados cuando actúan frente a la Administración Estatal, dado que si bien cuando se ejecutan prestaciones a favor de una entidad pública sin existir un contrato debidamente perfeccionado no es posible enmarcar la reclamación derivada de su ejecución dentro de la órbita contractual, ni tampoco encuadra dentro de la esfera de la responsabilidad extracontractual del Estado -en tanto que la Administración Pública en estos supuestos no genera como tal un perjuicio o lesión al particular-, lo cierto es que sin que existiera una causa jurídica de por medio, la Administración generó una expectativa clara e inequívoca en el sujeto particular que desencadenó el desplazamiento patrimonial injustificado, hecho que compromete su deber de restablecer el patrimonio afectado, mediante el reembolso del monto del empobrecimiento, que resulte correlativo al aumento que se pueda predicar respecto del patrimonio de la entidad beneficiada con el mismo.

Respecto del enriquecimiento sin justa causa, el Consejo de Estado ha establecido:

***"No obstante lo anterior, la Sala en sentencia de 7 de junio de 2007, Expediente 14669, modificó su postura y fijó su criterio en torno a la teoría del enriquecimiento sin causa, determinando que su naturaleza es eminentemente compensatoria y no indemnizatoria pues no se trata de pretender la reparación de un perjuicio o daño sino de restablecer el equilibrio del patrimonio que se vio***

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>	<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>	Página 35 de 41	

### ACTA DE REUNION

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	ACTA No. 0019 de 2012	

**afectado o empobrecido, para el demandante, en el mismo monto en que se enriqueció, sin causa jurídica, el patrimonio del demandado, razón para que el restablecimiento tan solo genere la compensación del empobrecido, en consecuencia, no proceden pretensiones de otra índole como lo son el pago de las utilidades o frutos civiles del capital pues ello conllevaría a desnaturalizar la teoría del enriquecimiento sin causa y a dar a la actio de in rem verso un alcance que desborda las pretensiones que le son propias.”<sup>22</sup>**

### CASO CONCRETO

Pretende el convocante se reconozca y cancele la suma de CUARENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS (\$44.000.000) por concepto de la prestación del servicio de transporte durante dos(2) meses, termino en el cual se transporto a los jóvenes que estudiaron en el Colegio Municipal de Santiago, provenientes del Colegio Sagrado Corazón de Jesús del Municipio de Gramalote, con ocasión de la destrucción del citado municipio; mas los intereses moratorios causados a la máxima legal desde el mes de febrero de 2012 a la fecha, a razón de QUINIENTOS SESENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS PESOS (\$563.200) mensuales que dan una cuantía del orden de los OCHO MILLONES CUATROSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS (\$8.448.000), y desde luego los daños y perjuicios causados a su poderdante, con motivo del no pago del servicio de transporte que presto a los jóvenes provenientes del Municipio de Gramalote.

En primer lugar, me permito manifestar que la obligación de la cual se reclama cumplimiento por parte del Departamento Norte de Santander, tiene su respaldo en un acta de compromiso firmada por el Sr. Gobernador del Departamento Norte de Santander, William Villamizar Laguado, el Sr. José de los Reyes Pardo Gómez, Coordinador Regional para la Organización Internacional para las Migraciones y el Sr. Ciro Alfonso Sandoval Ayala, en su calidad de Alcalde Municipal de Gramalote, en la cual se consigno entre otras cosas lo siguiente:

**“Las características del servicio a prestar se detallan a continuación:**

- **Dos buses en la Ruta Cúcuta – Santiago – Cúcuta**
- **Dos buses en la Ruta Puente Cuervo – Santiago – Puente Cuervo**
- **Valor mensual del servicio “22.000.000 (veintidós millones de pesos)**
- **Tiempo de servicio : 4 meses, contados desde el 15de agosto al 15 de Diciembre de 2011.**
- **La Organización Internacional para las Migraciones con cargo al Convenio OIM-MEN, cubrirá dos meses del servicio, del 15 de agosto al 15 de**

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencios Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consjeero Ponente Mauricio Fajardo Gomez, Radicación número: 76001-23-25-000-1997-04462-01(21186), Sentencia del once (11) de abril de dos mil doce (2012).

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>	<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>	Página 36 de 41	

**ACTA DE REUNION**

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	ACTA No. 0019 de 2012	

**Octubre, equivalente a la suma de CUARENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS (\$44.000.000)**

- **La Gobernación de Norte de Santander cubrirá los dos meses restantes del Convenio, del 16 de octubre al 15 de Diciembre, equivalente a la suma de CUARENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS (\$44.000.000)**

Para verificar el cumplimiento de la prestación del servicio de transporte, la convocante aporta:

- Certificación del 19 de Diciembre de 2011, expedida por el Personero Municipal de Gramalote, Norte de Santander, que da constancia que:

*“Que el Colegio Sagrado Corazón de Jesús, presto los servicios educativos a los alumnos damnificados del Municipio de Gramalote, en el Colegio Santiago Apóstol del Municipio de Santiago hasta el día 09 de Diciembre de 2011; debido a que el calendario escolar de dicha institución fue modificado teniendo en cuenta el desastre ocurrido el 17 de Diciembre de 2010.*

*Para dicho traslado de los alumnos tanto del Municipio de Gramalote como los residentes en la ciudad de Cúcuta, El Zulia, San Cayetano, Corregimiento Cornejo; fue necesario la prestación del transporte escolar realizado por la señora GLADYS AMPARO ROJAS CORREA, identificada con C.C. No. 60.344.074 de Cúcuta, desde el día 05 de julio al 09 de Diciembre de 2011”.*

- Certificación del 20 de enero de 2012, expedida por el Rector de la Institución Educativa Sagrado Corazón de Jesús del Municipio de Gramalote, que da constancia que:

*“Que la señora GLADYS AMPARO ROJAS CORREA, identificada con CC. No. 60344074 del Municipio de Cúcuta. Presto el servicio de transporte escolar a los estudiantes de esta institución con 4 buses discriminando así sus recorridos...”*

*El tiempo en el que se presto el servicio de Transporte escolar es el comprendido entre el 6 de octubre de 2011 al 09 de Diciembre de 2011.*

*Para el mes de Noviembre el Colegio pago por el servicio de transporte \$6.600.000, cubriendo el servicio prestado por dos de los buses del período comprendido entre el 08 de noviembre de 2011 al 28 de noviembre de 2011. Este pago se hizo por presión de los transportadores de no continuar con el servicio por falta de combustible, realización de mantenimiento de los automotores y la cancelación del pago a los conductores por no haber recibido oportunamente de la Gobernación el desembolso de los respectivos pagos...”*

- Certificación del 19 de Diciembre de 2011, expedida por el Alcalde Municipal de Gramalote, Norte de Santander, en la que da constancia que:

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>		<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>		Página 37 de 41	

**ACTA DE REUNION**

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a.m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	<b>ACTA No. 0019 de 2012</b>	

*" yo **Ciro Alfonso Sandoval Ayala**, Alcalde Municipal de Gramalote, Norte de Santander, certifico que el Colegio Sagrado Corazón de Jesús del Municipio de Gramalote laboro en el Municipio de Santiago el segundo semestre efectivo del año 2011 a partir del 05 de julio hasta el 09 de Diciembre del mismo año, esta fecha debido a que el calendario escolar de Gramalote es diferente al de todo el Departamento por la tragedia sucedida el pasado mes de diciembre ocasionando esto que la iniciación de clases en un principio fuese de forma tardía en el primer semestre, en las instalaciones del Colegio Santiago Apóstol en la jornada de la tarde y que la señora **GLADYS AMPARO ROJAS** identificada con C.C. No. 60.344.074 de Cúcuta, presto el servicio de transporte con 4 buses: 2 desde la ciudad de Cúcuta y 2 buses desde el Municipio de Gramalote".*

Se trata entonces de un evento en el cual el Departamento Norte de Santander por alguna razón, no dio cumplimiento a las normas que regulan la celebración y ejecución de contratos estatales y a pesar de ello, el particular ejecutó una prestación a favor de la Administración, el servicio de transporte, tal y como se demuestra con las certificaciones adjuntas, lo que se traduce en un aumento patrimonial para el Departamento Norte de Santander e implica una correlativa disminución del patrimonio del ejecutor de la prestación del servicio de transporte, es decir le produce a éste un empobrecimiento, que por la ausencia del soporte contractual, resulta carente de justificación legal.

En este orden de ideas, ante la imposibilidad de celebrar un contrato firmado con retroactividad, o de legalizar hechos cumplidos, y ante la inminencia de una demanda de Reparación Directa por enriquecimiento sin justa causa, la parte convocante presenta la presente solicitud de Conciliación Extrajudicial.

Respecto de la solicitud de conciliación extrajudicial, me permito hacer las siguientes apreciaciones:

- La solicitud de Conciliación no especifica el período de tiempo de la prestación del servicio de transporte, durante el cual se pretende su reconocimiento y su cancelación. Lo anterior, teniendo en cuenta que el acta de Compromiso suscrita y de la cual se exige su cumplimiento como respaldo del dinero que se adeuda, establece que el Departamento Norte de Santander, solo cubrirá los dos meses restantes del convenio, del 16 de octubre al 15 de diciembre de 2011, equivalentes a la suma de \$44.000.000.
- Con la solicitud de Conciliación, no se aportan los documentos de los vehículos, con los cuales se realizó la prestación del servicio de transporte escolar. 
- La Certificación del 20 de enero de 2012, expedida por el Rector de la Institución Educativa Sagrado Corazón de Jesús del Municipio de Gramalote, da constancia que para el mes de Noviembre el Colegio pago por el servicio de transporte \$6.600.000, cubriendo el servicio prestado por dos de los buses del período comprendido entre el 08 de noviembre de 2011 al 28 de noviembre de 2011. Es 

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>		<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>		Página 38 de 41	

**ACTA DE REUNION**

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACION	<b>ACTA No. 0019 de 2012</b>	

decir, se cubrió en dinero parte de la obligación del Departamento Norte de Santander, la cual debe cubrir la prestación del servicio de transporte durante el período comprendido entre el 16 de octubre al 15 de diciembre de 2011.

Ahora bien, si bien no se especifica en la solicitud de conciliación el período de tiempo durante el cual se prestó el servicio de transporte y que se pretende cobrar, tenemos que con la solicitud de conciliación se acompaña una cuenta de cobro dirigida al Departamento Norte de Santander, mediante la cual se pretende la cancelación de \$44.000.000 por concepto del servicio de 2 meses de transporte escolar, contando desde 09 de octubre al 09 de Diciembre de 2011, es decir este sería el período que pretende el convocante sea reconocido.

Si tenemos en cuenta que el período que se pretende sea reconocido en dinero, comprende desde el 09 de octubre al 09 de Diciembre de 2011, por el servicio de transporte efectivamente prestado, como lo certifica el personero Municipal de Gramalote, el Rector de la IE Sagrado Corazón de Jesús de Gramalote y el Alcalde Municipal de Gramalote, es claro que corresponde al Departamento Norte de Santander reconocer el dinero que se adeuda por la prestación del servicio, conforme a la obligación adquirida en el acta de compromiso del 12 de agosto de 2011.

Todo lo anterior se encuentra reconocido en oficio No. SJ10000-0991 del 20 junio de 2012, suscrito por el secretario Jurídico del Departamento Norte de Santander, en respuesta a un derecho de petición presentado por la convocante y en el cual solicita la cancelación del dinero por concepto de prestación del servicio transporte escolar durante el 09 de octubre al 09 de Diciembre de 2011.

Respecto de la reclamación de intereses y la causación de perjuicios morales, esta asesoría se permite manifestar, que la naturaleza de la teoría del enriquecimiento sin justa causa, es eminentemente compensatoria y no indemnizatoria pues no se trata de pretender la reparación de un perjuicio o daño sino de restablecer el equilibrio del patrimonio que se vio afectado o empobrecido, para el demandante, en el mismo monto en que se enriqueció, sin causa jurídica, el patrimonio del demandado, razón para que el restablecimiento tan solo genere la compensación del empobrecido, en consecuencia, no proceden pretensiones de otra índole.<sup>23</sup>

Así las cosas, no es procedente el pago de perjuicios morales en el caso bajo estudio.

**CONCLUSION**

En mérito de todo lo expuesto, me permito manifestarle por su intermedio al Comité de Conciliación, que con los elementos aportados con la solicitud de conciliación, es 

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencios Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consjeero Ponente Mauricio Fajardo Gomez, Radicación número: 76001-23-25-000-1997-04462-01(21186), Sentencia del once (11) de abril de dos mil doce (2012).

 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>		<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>		FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>		Página 39 de 41	

**ACTA DE REUNION**

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
<b>SESION COMITÉ DE CONCILIACION</b>	<b>ACTA No. 0019 de 2012</b>	

evidente que durante el período comprendido entre el 09 de octubre y el 09 de Diciembre de 2011, se ejecuto por parte de la señora GLADYS AMPARO ROJAS CORREA y a favor del Departamento Norte de Santander, la prestación del servicio de transporte escolar de los jóvenes que se encontraban estudiando en el Colegio de Gramalote y que después del siniestro estudiaron en el Colegio de Santiago y que actualmente se encuentran ubicados en la ciudad de Cúcuta y en la zona rural de Gramalote, y que conforme al Acta de compromiso suscrita por el Departamento Norte de Santander, corresponde a este ente territorial la obligación de cancelar la prestación del servicio de transporte durante el período que pretende la convocante.

Así las cosas, salvo mejor concepto jurídico, me permito manifestar por su intermedio al Comité de Conciliación, viabilidad y la necesidad de proponer una formula de arreglo a la presente solicitud de Conciliación, la cual debe contener el monto total a pagar, el período de tiempo en el cual será cancelado, entre otros aspectos.

En caso de que el Comité, decida acoger el presente concepto y proponer formula de arreglo en el caso bajo estudio, sugiero respetuosamente a los miembros del Comité, tener en cuenta la afirmación que realiza el Rector de la Institución Educativa Sagrado Corazón de Jesús del Municipio de Gramalote en Certificación del 20 de enero de 2012, según el cual, "para el mes de Noviembre el Colegio pago por el servicio de transporte \$6.600.000, cubriendo el servicio prestado por dos de los buses del período comprendido entre el 08 de noviembre de 2011 al 28 de noviembre de 2011", es decir, este dinero puede ser descontado a lo pretendido por el convocante, toda vez que corresponde al período de tiempo al cual se encuentra obligado el Departamento a cubrir el servicio de Transporte.

Rindo así el concepto solicitado.

**Oído y analizado todo lo expuesto por el Dr. GUSTAVO DAVILA LUNA Asesor Externo de la Secretaria de Educación, los miembros del Comité de conciliación del Departamento por UNANIMIDAD deciden aplazar el presente concepto para la siguiente sesión con el objeto de estudiar a fondo lo pretendido por la Convocante.**

**• PROPOSICIONES Y VARIOS**

Los miembros del Comité deciden aplazar el estudio de las solicitudes realizadas por la Dra. Mabel Arenas y el Dr. Mario Varela en lo relacionado con la bonificación por efectiva representación judicial establecida en la ordenanza 037 de 2002.

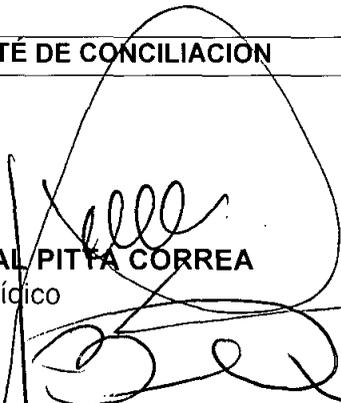
*En constancia firman:*

  
**Dra. NOHORA OLIVEROS QUINTERO**  
 Delegada del Señor Gobernador

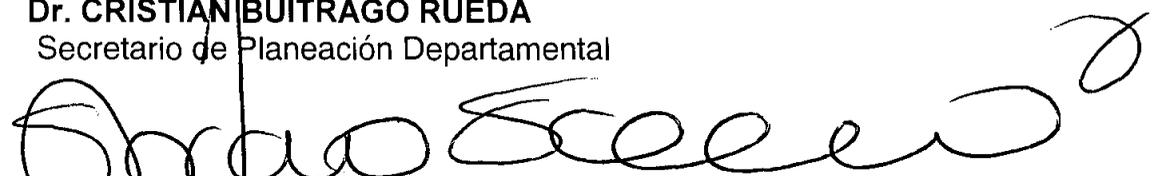
 <b>Gobernación de Norte de Santander</b>	<b>MACROPROCESO ESTRATEGICO</b>	<b>ME-IE-CI-03</b>	
	<b>PROCESO: GESTIÓN DE COMUNICACIONES INTERNAS Y EXTERNAS</b>	FECHA 05/05/2009	VERSIÓN 1
	<b>PROTOCOLO DE COMUNICACIONES INTERNAS</b>	Página 40 de 41	

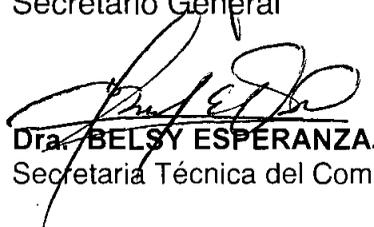
**ACTA DE REUNION**

Fecha: 28 de noviembre de 2012	Hora de inicio: 7:35 am	Hora de finalización: 10:30 a:m
LUGAR: Secretaria Juridica de la Gobernación	RESPONSABLE DE LA REUNION Secretaria Técnica del Comité-Secretaria Juridica	
SESION COMITÉ DE CONCILIACIÓN	ACTA No. 0019 de 2012	

  
**Dr. LUIS VIDAL PITTA CORREA**  
 Secretario Jurídico

  
**Dr. CRISTIAN BUITRAGO RUEDA**  
 Secretario de Planeación Departamental

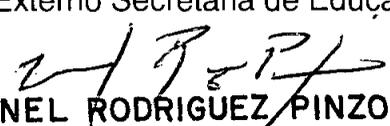
  
**Dr. SILVANO SERRANO GUERRERO**  
 Secretario General

  
**Dra. BELSY ESPERANZA ORDUZ CELIS**  
 Secretaria Técnica del Comité de Conciliación

**INVITADOS**

  
**Dra. MARY LUZ LIZARAZO TELLEZ**  
 Jefe Control Interno de Gestión

  
**Dr GUSTAVO DAVILA LUNA**  
 Asesor Externo Secretaria de Educación

  
**Dr. LEONEL RODRIGUEZ PINZON**  
 Secretario de Hacienda

ANEXOS	SI (X)	NO ( )	Lista de Asistencia	
Elaboró:	Belsy E. Orduz Celis, Secretaria Técnica del comité		Revisó:	Dr. Luis Vidal Pitta Correa, Secretario
			Próxima Reunión:	