



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

PROCESO : *NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO*
RADICADO : *11001-3335-012-2018-00615-00*
DEMANDANTE: *MONICA ESTHER MOLINA NIETO*
DEMANDADO: *BOGOTA DISTRITO CAPITAL - SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL*

**AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO
ART. 182 LEY 1437 DE 2011
ACTA N° 420 - 2020**

En Bogotá D.C. a los tres (03) días del mes de diciembre de dos mil veinte (2020) siendo las nueve y treinta de la mañana (9:30 a.m.), fecha y hora previamente señaladas para llevar a cabo la presente audiencia, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su Secretaría ad hoc, se constituyó en audiencia pública virtual en la plataforma Microsoft Teams la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

La parte demandante: *MAURICIO TEHELEN BIURITACA*, apoderado de la parte demandante, identificado con la cédula de ciudadanía No. 72.174.038 y T.P. 266.903 del C.S. de la J.

La parte demandada: *IVONNE ADRIANA DIAZ CRUZ*, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 52.084.485 y T.P. 77.748 del C.S. de la J.

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

Se informa a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

1. *Saneamiento del proceso.*
2. *Alegaciones Finales*
3. *Fallo*

I. SANEAMIENTO DEL PROCESO

*De conformidad con el artículo 180 numeral 5° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se procede a evacuar la etapa de **saneamiento del proceso**, para tal efecto se concede el uso de la palabra a los apoderados con el fin de que se pronuncien si observan alguna irregularidad que pueda ser saneada en este momento.*

Como los apoderados no expresan ninguna irregularidad que sanear y el Despacho tampoco evidencia causal que invalide lo actuado, se da por agotada esta etapa.

Decisión notificada en estrados**2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

La demandante:

La demandada:

Las alegaciones quedan en la videograbación.

3. FALLO**PROBLEMA JURÍDICO**

Corresponde al Despacho determinar si durante el desarrollo de los contratos suscritos por la actora con la **SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL.**, se configuraron los elementos que permitan declarar la existencia de una relación laboral y el consecuente derecho al pago de las prestaciones sociales.

Consideraciones**3.1. De la desnaturalización del contrato de prestación de servicios**

Mediante la sentencia C-154 de 1997, la Corte Constitucional señaló que el contrato de prestación de servicios se ajusta a la Carta Política siempre y cuando no se utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal, subordinada y dependiente.

El contrato de prestación de servicios tiene como propósito desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, cuando aquellas no puedan ser asumidas por el personal de planta o requieran conocimientos especializados. Lo caracteriza según el Consejo de Estado¹ “la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractua², y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes³”. En la prestación de servicios el contratista está sujeto a coordinación en tanto que en la laboral opera la subordinación.

“[E]ntre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación”⁴.

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 26 de julio de 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).

² Cita de cita: Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 25 de agosto de 2016. Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001233300020130026001(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Lucinda María Cordero Causil contra el Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba)

³ Cita de cita: Ver sentencia C-614 de 2009.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección “B” Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Bogotá D.C., 31 de mayo de 2016.

Como el cumplimiento de un horario, instrucciones y la obligación de realizar informes sobre los resultados de una labor, puede aplicarse a un contrato de prestación de servicios en virtud del principio de coordinación, debe acudir a criterios diferenciadores entre tal principio y el elemento de subordinación. El principal de ello es el de permanencia de funciones:

“(i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral”⁵ (subrayado fuera de texto).

Ello es acorde con lo dispuesto en el inciso 5° del artículo segundo del Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 del mismo año “(...) Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.”

Por su parte, la Corte Constitucional precisó los criterios para determinar la existencia de una función de carácter permanente:

“Esta Corte ha sostenido que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (i) al criterio funcional, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)”;

(ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral”;

(iii) al criterio temporal o de habitualidad, si “las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”;

(iv) al criterio de excepcionalidad, [los contratos por prestación de servicios procederán sólo] si “la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta”;

y (v) al criterio de continuidad, si “la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral”⁶ (Resaltado fuera de texto)

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 23001-23-000-2013-00260-01 (0088-2015).

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-171 de 2012. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

3.2. Del caso concreto

El Despacho procede a relacionar los hechos probados, de acuerdo con las pruebas aportadas y practicadas en el proceso.

Prueba documental

1. La señora **MONICA ESTHER MOLINA NIETO** se desempeñó en la **SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL**, en el cargo de **MAESTRA EN EDUCACION INICIAL**, mediante los siguientes contratos de prestación de servicios⁷:

CONTRATO	FECHA INICIAL	FECHA FINAL
06256-2013 prórroga por 1 mes	17-07-2013	07-08-2014
9732-2014 Suspensión por 21 días	23-09-2014	24-01-2015
5732-2015 prórroga de 22 días y suspensión por 24 días.	16-02-2015	30-01-2016
2817-2016 prórroga de 3.15 meses y suspensión de 31 días.	05-02-2016	19-02-2017
4563-2017	07-03-2017	08-02-2018

2. De los contratos aportados se pudo establecer que, entre otras, las funciones específicas comunes contratadas con la actora eran las siguientes:

- Conocer, apropiarse e implementar dentro de sus competencias los lineamientos y estándares técnicos de la Educación Inicial con Enfoque de Atención Integral a la Primera Infancia.
- Participar en la construcción y puesta en marcha del proyecto pedagógico del jardín infantil, el cual debe ser elaborado bajo las orientaciones pedagógicas de la Educación Inicial definidas por la Subdirección para la Infancia.
- Aportar al diseño e implementación de modelos innovadores y pertinentes para el ciclo de Educación Inicial en el jardín infantil donde esté prestando sus servicios.
- Participar activamente en el diseño e implementación del proceso pedagógico y el currículo de formación a familias implementado al interior del jardín infantil; cumpliendo cabalmente lo definido en los lineamientos y estándares técnicos de Educación Inicial principalmente en lo relacionado con el estándar pedagógico de Educación Inicial, así como con los aspectos de seguridad de los niños y niñas en el jardín infantil.
- Participar de forma activa en las jornadas de formación permanente, relacionados con el cumplimiento de estándares de calidad, de maestras que desarrolla la Subdirección para la Infancia a través de los viernes pedagógicos y la jornada liberada.

⁷CD de la demandante escaneada, (fl. 19-122)

- Acompañar el traslado de los niños, niñas a los diferentes espacios que se desarrollen fuera de la institución de educación inicial, tales como las salidas pedagógicas entre otras actividades planeadas y aprobados.

3. Los pagos se realizaban de forma mensual.
4. A la contratista le eran suministrados todos los insumos físicos y magnéticos necesarios para realizar sus obligaciones, material que debía devolver en óptimas condiciones.
5. El objeto y la justificación de los contratos aportados fueron los siguiente

“Prestar los servicios de Maestra para la implementación de los lineamientos pedagógicos y curriculares de la educación inicial en los jardines infantiles de la SDIS en la Subdirección local para la integración social de Puente Aranda, Antonio Nariño, en el marco del proceso de atención integral a la primera infancia.” Contratos 6256-2013⁸ y 9732-2014⁹

“Prestar los servicios de Maestra- o Profesional para la educación inicial en el marco del proceso de atención integral a la primera infancia de la secretaría Distrital de Integración social” contrato 5732-2015¹⁰; 2817-2016¹¹ y 4563-2017¹²

6. La señora **MONICA ESTHER MOLINA NIETO**, presentó derecho de petición ante la **SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL**, el día 7 de noviembre de 2018 radicado ENT-51073 solicitando el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y las acreencias laborales (ff 3-8).
7. La Subdirectora de Contratación de la **SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL**, dio respuesta a la solicitud del 7 de noviembre de 2018 mediante el oficio No. S2018110912 de noviembre 2018 (ff 9-10) negando la existencia de una relación laboral y el pago de prestaciones sociales.

Prueba Testimonial

DIANA LELY ZAMBRANO ROLDAN, manifestó haber trabajado con la demandante como maestra de niños de educación inicial en la Secretaría de Integración Social desde julio de 2013. Refiere que el lineamiento pedagógico y curricular es la estrategia que plantea la Secretaría de Educación Distrital para la enseñanza a los niños en su etapa inicial. Que las actividades que realizaban las maestras se encontraban ceñidas a dichos lineamientos que se enfocan en la atención integral de los niños. Entre las actividades que plantea esta estrategia se debían desarrollar las siguientes *“realizar planeación mensual que se entregaba los últimos días del mes a la coordinadora del Jardín Bochica para su revisión y aprobación”*, adicionalmente establecían unos parámetros según la edad de los niños, en el Jardín Bochica tenían niños desde los tres meses hasta los seis años y el currículo estaba dividido por

⁸ Contrato 6256-13 folio 131

⁹ Contrato 9732-14 folio 10

¹⁰ Contrato 5732-15 folio 1

¹¹ Contrato 2817-16-1 folio 10

¹² Contrato 4363-17-1 folio 11

edades lo que las obligaba a presentar también una planeación semanal la cual era entregada a la coordinadora, quien lo revisaba y verificaba su cumplimiento.

Sin embargo, no siempre era posible cumplir lo planeado, pues el número de niños a cargo por maestra es de 10 a 15 y en algunos casos se tenían dos cursos por salón, lo que dificultaba desarrollar la actividad. Informa que adicional al trabajo que desempeñaban en las aulas de 7 de la mañana a 5 de la tarde de lunes a viernes, se llevaban para la casa el trabajo administrativo que, aunque no estaba dentro de sus funciones debían realizarlo. Que en situaciones excepcionales si se presentaba un accidente con un menor las maestras debían acompañarlo hasta el centro asistencial hasta que el menor fuera atendido y en algunos casos dados de alta, que los gastos que se producían en estos acompañamientos como era el transporte, eran asumidos por las maestras pese a que eran ordenes de la coordinación.

Señala que todas las actividades eran aprobadas y controladas por la coordinadora quien hacia vigilancias y recorridos para verificarlas. Así mismo informa que las maestras eran evaluadas con elementos como la planeación mensual y que por ello debían entregar evidencias físicas como fotografías e informes. Que debían asistir a jornadas pedagógicas que eran de carácter obligatorio y estas se realizaban en el Jardín o en las instalaciones del CADE de Puente Aranda.

Frente al horario precisó que las actividades se realizaban de 7 de la mañana a las 5 de la tarde, mismo horario en el que tenían a cargo a los niños, sin embargo, cuando quedaban niños después de las 5 de la tarde en el jardín, una maestra debía quedarse hasta que el último niño fuera entregado a sus familiares. Para cubrir este horario extra se hacía rotación o lo cubría la maestra que hubiera llegado tarde a la hora de entrada. Los horarios eran controlados mediante unas planillas que se firmaban a la entrada y salida de la institución. Eventualmente podían ausentarse solo en el horario del almuerzo, de lo contrario había que solicitar el permiso previamente, aunque dichos permisos no siempre eran aprobados.

De otra parte, precisó que la actora al igual que todas las maestras portaban un uniforme que era de uso obligatorio y que este era adquirido con recursos propios. Señaló que en los jardines también había personal de planta y que la única diferencia entre los funcionarios y los contratistas era que los de planta tenían prestaciones sociales. Recuerda como personal de planta en el Jardín Bochica a las profesoras Esperanza Castro, Alix Acosta y Norma Constanza. Señala que para ser contratadas ellas no requerían de conocimientos especializados, solo los de la licenciatura, de hecho, a pesar de ser profesionales eran contratadas como maestras técnicas, aunque la demandante después fue contratada como maestra profesional.

Declaración Juramentada

La representante de la Secretaría de Integración social dio respuesta a los cuestionamientos formulados por la parte actora precisando los siguientes puntos:

En los jardines de la secretaría se atiende una población de cero a cinco años y se presta el servicio de 7 de la mañana a 4 de la tarde y en algunos jardines hasta las 5 de la tarde. Manifestó que en los jardines no hay calendarios académicos porque sus actividades sociales no se catalogan como educación formal. Que los contratistas no están sujetos a un horario de almuerzo o a solicitar permisos, sin embargo, teniendo en cuenta la atención al público, estos permisos son coordinados entre las partes.

De las funciones desempeñadas por la entidad señala que se encuentran en el Acuerdo 556 de 2006. Para el caso de la subdirección de infancia y adolescencia se contempla la atención a la niñez, sin embargo, precisó que la atención a la primera infancia no hace parte de sus funciones misionales, sino que obedecen específicamente al Plan de desarrollo Distrital y que su presupuesto varía en cada administración. Por dicha razón la Secretaría se ve en la necesidad de contratar el personal mediante contratos de prestación de servicios.

Aclara la entidad que no existen vinculaciones legales y reglamentarias con estos profesionales por cuanto no cuentan con el cargo de docentes en su planta de personal, razón por la cual realizan la vinculación por contratos por prestación de servicios. Que, a partir de la implementación del Plan de Desarrollo Distrital, desde el 2007 hasta el 2020 se han suscrito para la ejecución de los programas de infancia y adolescencia entre auxiliares de aula, auxiliares pedagógicos y profesionales alrededor de 25.450 contratos. De la distribución de los profesionales o técnicos profesionales contratados refiere que esta se hace de acuerdo a las necesidades de cada localidad. Que a estos contratistas no le es suministrado ningún tipo de elementos o materiales por parte de la Secretaría de Integración para ejecutar sus obligaciones.

En relación a la planeación pedagógica resalta que estas actividades se encuentran contempladas en las obligaciones contractuales en las cuales los profesionales o técnicos se comprometen a realizar diaria y mensualmente la planeación relacionando las actividades que ejecutan y las que tienen planeadas ejecutar en torno a tres criterios fijados por la SDIS que son “Qué, Como y Para qué”.

De las jornadas pedagógicas y liberadores que se realizan en estos programas precisa la entidad que la asistencia a estas actividades hace parte de las obligaciones contractuales y que son espacios en donde se retroalimentan las experiencias y se apropian los lineamientos curriculares diseñados para la atención de la primera infancia en el Distrito, preservando la dignidad y el bienestar de los niños y niñas y de las personas que interviene en la ejecución de estas actividades.

Frente a los convenios interadministrativos que suscriben la SDIS y la Secretaría de Educación Distrital la demandada señaló que “En el marco del convenio interadministrativo suscrito entre la Secretaría de Educación del Distrito y la SDIS (SDIS 5863 SED 1539 de 2017) desarrollaron sus actividades en algunos de los jardines infantiles de la Secretaría Distrital de Integración Social, asociados a dicho convenio, quinientas setenta y dos (572) profesionales provisionales aproximadamente de la Secretaría de Educación del Distrito.”, Por otra parte señala que la SDIS igualmente designa a profesionales o personal de apoyo para las instituciones de educación distrital que

no cuentan con los grados de prejardín y jardín, grados que hacen parte de la primera infancia.

Previo a realizar el análisis del material probatorio frente a la tacha de la testigo DIANA LELY ZAMBRANO ROLDAN presentado por la apoderada de la entidad en razón a que adelanta una acción similar contra la misma entidad¹³ y puede tener interés en las resultas del proceso, este Despacho considera que la declaración de la testigo se podrá tener en cuenta siempre y cuando sus manifestaciones se puedan corroborar con otros elementos de prueba aportados en el plenario.

3.3. Análisis de la relación existente

Procede el Despacho a analizar el material probatorio allegado con el fin de determinar si se demostraron los elementos propios de una relación laboral en el desarrollo de los contratos suscritos entre la accionante y la Secretaría Distrital de Integración Social.

De los elementos que configuran una relación laboral

Comoquiera que la prestación personal del servicio y la remuneración, son elementos comunes para las vinculaciones mediante contrato de prestación de servicio y relación laboral, no se ahondará en ellos. Se hará énfasis en la subordinación, elemento diferenciador entre estos dos tipos de vinculación

La subordinación

Para el caso concreto, este elemento es el que determina si se produjo la existencia de una relación laboral entre la accionante y la entidad demandada. Ello, teniendo en cuenta que las actividades de educación inicial prestadas por la entidad obedecen a la celebración de un acuerdo interadministrativo entre la demandada y la Secretaría de Educación Distrital, que como lo manifiesta la entidad se ha venido ejecutando desde el año 2007. La naturaleza de dicho servicio será analizada posteriormente, sin embargo, independientemente del carácter que se le otorgue, corresponde establecer si en el desarrollo de dichos contratos la actora estuvo sujeta a subordinación o mantuvo la autonomía propia de los contratos de prestación de servicio.

Del material probatorio se tiene que, el servicio prestado por la actora se realizó en los horarios de atención de los jardines de lunes a viernes de las 7 de la mañana a las 5 de la tarde, horario que fue confirmado en la declaración juramentada y del cual precisó la secretaria de integración social es en el que se presta el servicio en dichas instituciones.

En la resolución 0594 del 28 de marzo de 2016 “Por medio de la cual se establece el horario y turnos de trabajo de los servidores/as de la Secretaría de Integración Social”, se señalan los horarios de atención de los jardines en los siguientes términos “Que en el marco de protección de los derechos de la primera infancia, la Secretaría Distrital de Integración Social a través de los jardines infantiles presta los servicios de educación inicial, los cuales tiene un horario de atención de 7:00 am a 5:00 p.m.”.

¹³ Proceso radicado No. 11001310503920190037100

Si bien es cierto, que en algunos contratos suscritos para el personal de apoyo a la gestión se requiere el cumplimiento de un horario para la prestación de los servicios, cuando ello sucede corresponde analizar con mayor rigor el cumplimiento de órdenes y la imposición de manuales y reglamentos.

Conforme a las obligaciones contractuales y que fueron corroboradas por la testigo, se tiene que la demandante debía presentar programadores de actividades semanales y mensuales, que estaban sujetos a la aprobación de la Coordinadora del Jardín, quien a su vez verificaba el cumplimiento de las actividades planeadas. A pesar de que las maestras realizaban la planificación de actividades, estas debían ajustarse a los lineamientos curriculares previamente establecidos por la entidad y que para el caso de la primera infancia la clasificación de las actividades escolares estaba sujeta a las edades de los niños.

Adicionalmente participaban en actividades y reuniones de carácter obligatorio como lo eran las jornadas pedagógicas y las jornadas liberadoras. Durante la ejecución de las actividades las maestras debían hacer acompañamiento a los menores en todo momento tanto en el aula, como en los espacios de alimentación y en general durante su estancia en el jardín, inclusive en horario después de las cinco de la tarde en caso de que algún niño no fuese recogido por sus familiares dentro del horario habitual.

De la naturaleza de los jardines infantiles se puede extraer que tienen como objetivo la atención integral a los niños entre los 0 a 5 años, que además de proporcionarles un cuidado integral, se ejecutan actividades pedagógicas propias de la educación inicial. El objeto de los contratos suscritos entre la señora Mónica Esther Molina Nieto y la entidad demanda fue el siguiente: “Prestar los servicios de Maestra- o Profesional para la educación inicial en el marco del proceso de atención integral a la primera infancia de la secretaría Distrital de Integración social”. Este objeto contractual es claro en señalar que la actora prestó sus servicios como maestra, lo que permite para el caso en concreto hacer remisión a la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 26 de agosto de 2016 radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01, en la cual señaló que, para los docentes, existe una presunción de subordinación y cumplimiento de horario. Lo anterior por cuanto la naturaleza de la actividad implica subordinación que no puede ser encubierta bajo la modalidad contractual:

“(…) Dirá la Sala que la vinculación de docentes bajo esta modalidad, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente en el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones: (ii) Cumplen ordenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes-contratistas merecen una protección especial por parte del Estado (...).

Así, aunque la entidad demandada sostiene que las actividades desarrolladas por la actora no son de su giro misional y que la denominación de maestra no es equiparable a la de docente, es claro que las obligaciones contratadas si se encontraban dirigidas a realizar actividades de tipo pedagógico en niños de cero a

cinco años, propias de la educación inicial, la cual es regulada y calificada como de carácter educativo en el Decreto 2247¹⁴ de 1997 el cual en su artículo 4 señala:

“Los establecimientos educativos que presten el servicio de educación preescolar y que atiendan, además, niños menores de tres (3) años, deberán hacerlo conforme a su proyecto educativo institucional, considerando los requerimientos de salud, nutrición y protección de los niños, de tal manera que se les garantice las mejores condiciones para su desarrollo integral, de acuerdo con la legislación vigente y las directrices de los organismos competentes.”

En el mismo sentido el objeto del convenio interadministrativo 5863 de 2017 entre la SDIS y la Secretaría de Educación Distrital es el siguiente “Garantizar el derecho a la educación inicial desde el enfoque de atención y desarrollo integral a los niños y niñas de primera infancia en los grados pre-jardín y jardín, los cuales serán incluidos al sistema de educación oficial y atendida en los jardines infantiles de la Secretaría Distrital de Integración Social.”, Este objetivo ratifica que las actividades desarrolladas por la actora si fueron de carácter educativo, pero adicionalmente que la educación brindada, desde el enfoque de atención integral de la primera infancia hace parte del sistema oficial de educación en el Distrito y por lo tanto es servicio público delegado por medio convenios en los jardines infantiles de la Secretaría Distrital de Integración Social.

A lo anterior hay que sumar que la ley 115 de 1994, ley general de educación, en su artículo 11 establece que la educación formal la conforma tres niveles educativos, que son el preescolar, la educación básica primaria y la educación media. En los artículos 15 y 17 precisa que es educación preescolar la que se brinda a los niños menores de 6 años. Y en el artículo 107 establece la prohibición de vincular docente por fuera de la planta:

ARTICULO 107. Nombramientos ilegales en el servicio educativo estatal. Es ilegal el nombramiento o vinculación de personal docente o administrativo que se haga por fuera de la planta aprobada por las entidades territoriales o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 105 de la presente Ley. Los nombramientos ilegales no producen efecto alguno y el nominador que así lo hiciere, incurrirá en causal de mala conducta sancionable con la destitución del cargo. Los costos ilegales que se ocasionen por tal proceder generarán responsabilidad económica personal imputable al funcionario o funcionarios que ordene y ejecute dicho nombramiento

En este orden de ideas, si bien la contratación de la señora Mónica Esther Molina Nieto se realizó en virtud de un convenio interadministrativo, que se ha ejecutado en las diferentes administraciones distritales desde el año 2007, es preciso enfatizar que la Secretaría Distrital de Integración Social mediante dichos convenios aceptó la delegación de un servicio público¹⁵ y por consiguiente está sometida a todas las

¹⁴ Decreto 2247 de 1997 “por el cual se establecen normas relativas a la prestación del servicio educativo del nivel preescolar y se dictan otras disposiciones”

¹⁵ Constitución Política 1991 artículo 67 “La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social y con la cual se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura”

obligaciones inherentes a su prestación, entre ellas la del artículo anteriormente transcrito.

La Constitución utiliza el término de “servicio público” para calificar expresamente como tales determinadas actividades, por ejemplo la educación (art. 67 C.P.) de la que expresa es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social que corresponderá al Estado regular y sobre el cual ejercerá la suprema inspección y vigilancia.

Las funciones que cumplen los docentes en los diferentes niveles educativos se revisten de un alto grado de responsabilidad frente al cuidado, principalmente de los menores. No son independientes pues sus tareas se prestan de manera personal y se encuentran sometidos al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación y las disposiciones impartidas por el Ministerio de Educación Nacional el cual recientemente¹⁶ reiteró que los docentes deben ser vinculados por contrato de trabajo, a menos que en realidad dicten solamente unas horas cátedra.

En este sentido, no le es factible a la entidad aquí demandada justificar la contratación de personal docente aduciendo que no cuenta con personal de planta por obedecer a convenios administrativos.

Así las cosas, se desvirtúa la transitoriedad de las actividades desarrolladas en los jardines de la Secretaria Distrital de Integración Social por cuanto una vez asume la responsabilidad de la prestación del servicio público de educación dichas actividades se convierten en funciones de carácter permanente.

*En síntesis, habiéndose determinado la existencia de una relación laboral, por la ejecución de funciones permanentes calificadas como actividades educativas se procederá a declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. S2018110912 de noviembre de 2018 expedido por la Subdirectora de Contratación de la **SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL**.*

3.3. Del restablecimiento del derecho

Frente al restablecimiento y teniendo en cuenta que no contamos con una equivalencia a un cargo de planta se ordenará reconocer como asignación básica para el cálculo de las prestaciones sociales el valor de los honorarios pactados en cada uno de los contratos suscritos.

El tiempo por el cual se ordena el restablecimiento de derechos es el periodo comprendido entre el 17 de julio de 2013 al 8 de febrero de 2018. Ello teniendo en cuenta que revisada la página oficial de la entidad¹⁷ se confirma que las suspensiones en los contratos 9732-2014; 5732-2015 y 2817-2016 obedecieron a los recesos señalados en los jardines al finalizar cada año. Así se precisó en cada uno de estos contratos:

Contrato 9732 de 2014:

¹⁶ https://www.mineducacion.gov.co/1759/w3-article-320286.html?_noredirect=1

¹⁷ <https://www.integracionsocial.gov.co/index.php/noticias/93-noticias-infancia-y-adolescencia/1701-jardines-infantiles-de-integracion-social-entran-en-periodo-de-receso>

SUSPENDER EL PLAZO DE EJECUCIÓN PREVISTO EN LA CLÁUSULA QUINTA DEL CONTRATO PRINCIPAL, POR 21 DÍAS CALENDARIO CONTADOS A PARTIR DEL 18 DE DICIEMBRE DE 2014 Y HASTA EL 07 DE ENERO DE 2015, INCLUSIVE.

Contrato 5732 de 2015

3.4.3. SUSPENDER el plazo de ejecución por el término de **24 días calendario**, desde el 21 de Diciembre de 2015 hasta el 13 de Enero de 2016 inclusive, entendiendo que la suspensión no genera costos adicionales para las partes.

Contrato 2817 de 2016

3.4.3. SUSPENDER EL PLAZO DE EJECUCION ESTABLECIDO EN LA CLAUSULA QUINTA (5) – PLAZO DE EJECUCION DEL CONTRATO por el término de (31) **TREINTA Y UN DÍAS CALENDARIO** comprendidos entre el 17 de diciembre de 2016 y el 16 de enero de 2017 inclusive, entendiendo que la suspensión no genera costos adicionales para las partes.

En este orden de ideas, estas suspensiones no podrán ser tenidas en cuenta como interrupciones entre contratos.

Reconocimiento y pago de las prestaciones sociales

A título de restablecimiento se cancelará a la actora las prestaciones sociales reclamadas a las que tiene derecho con el valor de los honorarios pactados en cada uno de los contratos.

Aportes a seguridad social en pensiones

Los aportes pensionales, respecto de los cuales no opera la figura de la prescripción, serán calculados con el valor antes señalado. La demandada deberá tomar el ingreso base de cotización pensional de la demandante, dentro de la totalidad de periodos reconocidos como laborados, mes a mes. Si existe diferencia entre los aportes realizados por la contratista y los que se debieron cotizar al respectivo fondo de pensiones, deberá cancelar la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. En ese sentido, la demandante tendrá que acreditar las cotizaciones que realizó al sistema de seguridad social en pensiones y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Devolución de los descuentos por concepto de aportes a pensión y salud

La entidad deberá reembolsar a la actora el valor que esta pagó por cotizaciones, en el porcentaje que correspondía al empleador. Con prescripción trienal a partir del 7 de noviembre de 2015 hasta el 7 de noviembre de 2018 fecha en que se realizó la reclamación.

3.4 PRESCRIPCION DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO REALIDAD

Este Despacho viene señalando las razones por las cuales la prescripción de las prestaciones sociales y salariales debe operar en el término de tres años contados desde la fecha en que se solicita su reconocimiento, independientemente de que exista o no solución de continuidad en la ejecución de los contratos por los que se reclama.

Cita al respecto a la Corte Constitucional en Sentencias C-072 de 1994 y C-916 de 2010; las sentencias de la Corte Suprema de Justicia CSJ SL3169-2014, y SL753-2020 sobre la impropiedad del uso del término “sentencia constitutiva” en la que se

sustenta la tesis del Consejo de Estado para argumentar la imprescriptibilidad del derecho cuando no ha operado solución de continuidad.

Igualmente ha realizado el estudio de las reglas fijadas en la sentencia de unificación del 28 de agosto del 2016 advirtiendo que no existe ninguna relacionada con la imprescriptibilidad de prestaciones económicas diferentes a las de los aportes para seguridad social.

Ha explicado la razón por la cual a pesar de ser conexas las pretensiones de reconocimiento de prestaciones sociales y pensionales, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico cada una de ellas debe cumplir los requisitos de procedibilidad para poder ser reclamadas judicialmente, y su término de prescripción es independiente.

Finalmente ha hecho un análisis de derecho comparado y advertido los problemas probatorios para poder dar cumplimiento a las sentencias, en razón a que las entidades, por ley, no cuentan con archivo superior a 10 años.

No obstante, puesto en la tarea de revisar los diferentes pronunciamientos del Tribunal de Cundinamarca y del Consejo de Estado, debe reconocer que en este momento se ha adoptado como línea uniforme la tesis de la imprescriptibilidad de derechos cuando no se ha presentado solución de continuidad.

Como se indicó previamente para el caso en concreto, aunque se presentaron suspensiones entre los contratos de 21, 22 y 24 días estas obedecieron a los recesos de fin de año de los jardines por tal razón no es predicable la solución de continuidad dado que, aunque los contratos se encontraban suspendidos por cuenta de la entidad estos se encontraban vigentes.

3.5 Aportes para pensión

En la sentencia de unificación que se viene tratando, se determinó que los aportes para pensión son imprescriptibles. Esta providencia fue clara en indicar que **la imprescriptibilidad se predica en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones**, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional. Por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

3.6 Indexación

Las sumas no prescriptas que resulten de la liquidación del restablecimiento del derecho ordenado en esta sentencia se deberán actualizar conforme a lo previsto en el inciso 5º del artículo 187 del CPACA¹⁸, bajo la fórmula

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por la relación existente entre el Índice Final y el Índice Inicial de precios al consumidor

¹⁸ Artículo 187. CPACA, inciso 5º "Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor."

certificado por el DANE a la fecha de la ejecutoria de la presente sentencia. Por tratarse de pagos mensuales, la fórmula deberá aplicarse mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

3.7. COMPULSA DE COPIAS A LA PROCURADURÍA

En las declaraciones recibidas se hizo alusión a las condiciones en que se presta el servicio en algunos jardines infantiles. Se indicó que comparten aulas grupos numerosos y de edades muy disimiles. Esta situación, considera el Despacho pone en riesgo la buena educación, el cuidado, el desarrollo integral, el buen trato y hasta la salud de los menores. Por tal razón se solicitará a la Procuraduría ejerza acción preventiva en procura de garantizar el derecho de los menores a una educación de calidad.

De otra parte, atendiendo lo dispuesto en el artículo 107 de la ley 115 de 1994, considera el Despacho que debe investigarse al director de la Secretaría de integración social y al Secretario de Educación Distrital por cuanto se está burlando lo regulado para la contratación docente. Lo que constituye causal de mala conducta conforme esta norma.

3.8. Condena en costas

Se resolverá sobre la condena en costas bajo un criterio objetivo valorativo en el que se conjuga la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la actuación procesal adelantada. Esto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y con la interpretación que del mismo ha hecho el Consejo de Estado¹⁹

Habida cuenta que la actora tuvo que nombrar apoderado para que representara sus intereses, se condenará por costas a la demandada en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente a favor de la parte demandante.

El Despacho dispone destinar el remanente de lo consignado para gastos del proceso a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para su funcionamiento²⁰.

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ - SECCIÓN SEGUNDA**, administrando Justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo oficio No. S2018110912 de noviembre de 2018 expedido por la Subdirectora de Contratación de la **SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL**.

¹⁹ Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)

²⁰ Artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa",

SEGUNDO: A título de **RESTABLECIMIENTO**, ORDENAR a BOGOTA - SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACION SOCIAL, proceder a lo siguiente:

- **RECONOCER y PAGAR** a la señora **MONICA ESTHER MOLINA NIETO** las prestaciones sociales a que tenga derecho, conforme a la parte motiva de esta providencia.
- **LIQUIDAR y CONSIGNAR** al Fondo de Pensiones al que se encuentre afiliada la **ACTORA**, las diferencias de las cotizaciones entre lo pagado por la actora y la reliquidación que aquí se ordena, durante todo el tiempo que se mantuvo la relación laboral encubierta.
- **REEMBOLSAR** a la actora el valor pagado por las cotizaciones en el porcentaje que le correspondía al empleador conforme a la parte motiva.

TERCERO: Las sumas que resulten de la liquidación de esta sentencia deberán ser **ACTUALIZADAS** de conformidad con la fórmula señalada en el acápite de indexación. De igual forma se procederá con las sumas que se deben consignar en el fondo de pensiones al que se encuentre afiliada la demandante.

CUARTO: La entidad dará cumplimiento a este fallo en los términos establecidos en los artículos 192 y 195 del CPACA.

QUINTO: Condenar en costas a la parte demandada en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO: COMPULSAR COPIAS de la presente actuación a la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**, para que dentro de sus competencias inicie acciones preventivas y las investigaciones a que haya lugar conforme a las consideraciones de la motivación de esta decisión.

SEPTIMO: DESTINAR los remanentes de lo consignado para gastos del proceso a favor del Consejo Superior de la judicatura de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

Decisión notificada en estrados

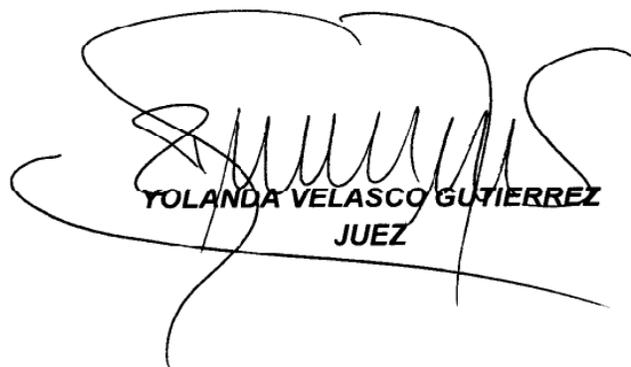
SE DEJA CONSTANCIA QUE LOS APODERADOS INTERPONEN RECURSO DE APELACIÓN:

PARTE DEMANDANTE: sin recursos

PARTE DEMANDADA: INTERPONE RECURSO CONTRA LA DECISIÓN, EL CUAL SUSTENTARA EN EL TERMINO DE LEY.

(queda registrado en la videograbación)

La Señora Juez reitera a las partes la posibilidad de interponer recurso de apelación, modificar o adicionarlo por escrito dentro del término de legal.



YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ



ADRIANA ANDREA ALBARRACÍN BOHÓRQUEZ
SECRETARÍA AD HOC