

**DERECHOS COLECTIVOS A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO. Adopción de Planta de Personal de la Secretaría de Educación Departamental.** Con lo expuesto concluye la Sala que la enorme cantidad de contratos de prestación de servicios celebrado por la Secretaría de Educación Departamental con personas naturales durante las vigencias 2008, 2009 y 2010, sólo reflejan que fueron suscritos desestimando las directrices jurisprudenciales al respecto y violando los parámetros legales expuestos, como quiera que conforme al objeto contractual señalado en el reporte puede verificarse que en muchos casos (si no en todos) se trata de funciones y actividades propias del personal de planta. Además, puede observarse en el mismo reporte que muchos de los contratos se prolongaron en el tiempo pues fueron celebrados en las 3 vigencias. Situaciones estas que desnaturalizan el objeto y finalidad de los contratos de prestación de servicios.



Libertad y Orden

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO**  
**-Sala Segunda de Decisión-**

**Magistrado Ponente: Paulo León España Pantoja**

**Referencia : SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA**  
**Acción : POPULAR**  
**Actor : JORGE W. GUANCHA**  
**Accionado : DEPARTAMENTO DE NARIÑO**  
**Radicación : 52-001-3331-005-2010-001-01(3795)**

**TEMA:** - Confirma Sentencia  
- Derechos Colectivos a la moralidad administrativa y defensa del patrimonio público.  
- Adopción de Planta de Personal de la Secretaría de Educación Departamental.  
- Iniciativa del Departamento para aprobación de Ordenanza que otorga facultades pro tempore al Gobernador para reestructurar la SED.  
- Pasos previos a la reestructuración administrativa debidamente agotados: estudio técnico, plan de modernización, destinación de presupuestos y expedición de Ordenanza que otorga facultades extraordinarias al Gobernador.  
- Destinación presupuestal de recursos girados por el Ministerio de Educación Nacional.

- Reconocimiento de Agencias en Derecho.

---

2011-003

San Juan de Pasto, veinticuatro (24) de enero dos mil once (2011)

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el DEPARTAMENTO DE NARIÑO, contra la providencia de diecinueve (19) de agosto de dos mil once (2011) (Fols.388- 395), mediante la cual el Juzgado Primero Administrativo de Pasto accedió a las pretensiones de la acción popular interpuesta por el señor JORGE WILLINTON GUACHA MEJIA.

## I. ANTECEDENTES

### 1. LA DEMANDA

Mediante demanda presentada el día 05 de abril de 2010, el señor JORGE WILLINTON GUANCHA MEJIA, instauró acción popular contra el DEPARTAMENTO DE NARIÑO para obtener la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la protección del patrimonio público.

#### 1.1 Hechos

El accionante los plantea así:

El Departamento de Nariño es una entidad certificada en el campo de la educación en virtud de la descentralización administrativa ordenada en principio por la Ley 60 de 1993 y 715 de 2001. Dicha entidad ha omitido la creación de una planta de personal para la Secretaría de Ecuación Departamental, por cuanto de manera reiterada ha suscrito contratos de prestación de servicios que ha generado la delegación de función administrativa a particulares.

Señala el accionante que durante el período comprendido desde el 1° de enero de 2008 al 31 de marzo del presente año, se registra una contratación directa por valor de OCHO MIL CIENTO SETENTA Y CINCO MILLONES CIENTO VEINTINUEVE MIL QUINIENTOS SESENTA Y UN MIL PESOS (\$8.175.129.561), según información publicada en el Porta Único de Contratación, en la cual se evidencia de manera sistemática el uso de contratos de prestación de servicios para suplir de manera permanente función pública en el desarrollo de su objeto misional de dicha secretaría.

Tales órdenes de servicio se suscribieron no de forma temporal sino de forma permanente y continua, contrariando lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pues tales contratos sólo pueden llevarse a cabo cuando la actividad no pueda realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ambas hipótesis se celebra por el término estrictamente indispensable. Estos elementos que constituyen la esencia de los contratos de prestación de servicios están nítidamente señalados en la aludida disposición legal. Si la administración desborda tales lineamientos incurre en extralimitación de sus funciones y en omisión de sus responsabilidades. Norma que armoniza con el Decreto Ley 2400 de 1968, que por virtud del artículo 87 de la Ley 443 de 1998 se aplica a los empleados del Estado que prestan sus servicios en los niveles indicados en el artículo 30 de la misma ley, es perentorio en señalar que para el ejercicio de las 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. Previsiones reiteradas en el artículo 17 de la Ley 790 de 2002 y artículo 21 de la Ley 909 de 2004.

Agrega el actor popular que en el año 2004, el Ministerio de Educación Nacional y la firma Liborio Cuellar & Cia Ltda. suscribieron el contrato No. 236 de 2004 con el fin de realizar la capacitación e implementación de los procesos y diseño detallado de la Secretaría de Educación, sin embargo, estos recursos públicos invertidos no han logrado su objeto por cuanto el Departamento de Nariño no ha

diseñado ni implementado la planta de personal de la Secretaría de Educación Departamental.

Mediante Ordenanza No. 017 de 25 de agosto, se autorizó al Señor Gobernador del Departamento para la creación de la planta de personal de la Secretaría de Educación Departamental, sin embargo se continúa con la suscripción de contratos de prestación de servicios en las vigencias fiscales 2009 y 2010, mediante la modalidad de contratación directa.

Añade el actor que el artículo 17 de la Ley 909 de 2004 obliga a la administración en todos sus niveles a establecer planes y plantas de empleos y que el Decreto 3905 de 2009, por el cual se reglamenta la Ley 909 de 2004, dispone que los empleos vacantes en forma definitiva del sistema de carrera general, de los sistemas específicos y especial del Sector de Defensa, que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional efectuado antes del 24 de septiembre de 2004 a cuyos titulares a la fecha de expedición del decreto les faltaren 3 años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.

Surtido lo anterior, los empleos deberán proveerse siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004, en los Decreto 765, 775, 780, 790 de 2005, 91 de 2009 y en sus decretos reglamentarios.

Adicionalmente de la obligación contenida en la circular 074 expedida por el Procurador General de la Nación y la Presidente de la C. N. S. C el 21 de octubre de 2009, que recuerda que en cumplimiento al mandato constitucional contenido en los artículos 125 y 130 que disponen la provisión de empleos a través de procesos de selección por mérito, a cargo de la CNSC y en desarrollo del artículo 11 de la Ley 909 de 2004, que asigna a ésta funciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera y en ejercicio de la función preventiva de la Procuraduría General de la Nación, se les solicita a los

representantes legales que aún no han enviado o no han actualizado la información relativa a la oferta pública de los empleos de carrera – OPEC-, reportarla a la CNSC, al igual que la relativa a los empleos que se encuentren en vacancia definitiva, incluidos los provistos a la fecha con nombramientos provisionales, indicando en éste último caso, el día de posesión de los servidores que lo ocupan. El envío de la información requerida debía hacerse a través del aplicativo dispuesto para tal fin en la página web de la CNSC, a más tardar el día 7 de diciembre de 2009.

De la circular 053 de 27 de octubre de 2009, expedida por la CNSC que señala que con base en la consolidación de la información de los aplicativos referidos, la CNSC procederá a conformar los grupos de la OPEC de las aplicaciones IV y V dejando señalado en forma expresa en la página todos los empleos que siendo reportados por las entidades serán objeto de la OPEC.

Este ordenamiento se aplica conjuntamente para el nivel territorial con la facultad concedida por el gobernador del departamento mediante la ordenanza 017 de agosto 25 de 2009, que en su artículo primero concede facultades pro tempore al gobernador del departamento de Nariño para reformar la estructura administrativa del Sector Central de la Gobernación, creando la estructura administrativa de la Secretaría de Educación Departamental y determinando las funciones de sus dependencias y demás decisiones necesarias, administrativas, presupuestales y financieras, para que asuma los procesos que en materia de educación le corresponde por ley atender al departamento. Siendo todas las anteriores obligaciones del departamento, que pese a ser imperativas no han hecho efectivas encontrándose en mora de proceder de conformidad.

## **1.2 Pretensiones**

El actor solicita que se ordene al Gobernador del Departamento de Nariño que se ABSTENGA de delegar función pública a particulares al celebrar contratos de

prestación de servicios de carácter permanente mediante la modalidad de contratación directa en la Secretaría de Educación Departamental.

Solicita que se ordene al Gobernador del Departamento de Nariño, con base en las facultades concedidas por la ordenanza 017 de 25 de agosto de 2009 proceda a establecer la planta de empleos de la Secretaría de Educación Departamental, que contenga: a) Cálculo de empleos necesarios, de acuerdo con los requisitos y perfiles profesionales establecidos en los manuales específicos de funciones, con el fin de atender las necesidades presentes y futuras derivadas del ejercicio de sus competencias; b) Identificación de las formas de cubrir las necesidades cuantitativas y cualitativas de personal para el período anual, considerando las medidas de ingreso, ascenso, capacitación y formación y c) Estimación de todos los costos de personal derivados de las medidas anteriores y el aseguramiento de su financiación con el presupuesto asignado. Misma que contenga todos los cargos que son necesarios para el cumplimiento eficiente de las funciones a su cargo.

Pide también que en cumplimiento a lo establecido en el artículo 19 de la Ley 909 concerniente al empleo público la obligación al diseño de la planta de personal de la S.E.D., debe contener: a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular; b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo; c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales.

Pide que en cumplimiento a lo establecido en el artículo 28 de la Ley 909, la concreción e la obligación señalada en las peticiones anteriores es necesaria a fin de garantizar la obligación contenida en el artículo 125 constitucional de acuerdo con los principios de mérito, libre concurrencia e igualdad en el ingreso, publicidad, transparencia en la gestión de los procesos de selección,

especialización de los órganos técnicos, garantía de imparcialidad de los procesos, confiabilidad y validez de los instrumentos utilizados para verificar la capacidad y competencia de los aspirantes, eficacia y eficiencia en los procesos de selección.

Solicita que de acuerdo a lo ordenado en el artículo 10 del Decreto 2539 de 2005, en armonía con la ordenanza 017 de 2009, el Gobernador del Departamento de Nariño proceda a definir, por lo menos, los siguientes aspectos, con el objeto de remitir la información a la CNSC: el propósito o razón de ser del respectivo empleos, funciones, requisitos de estudios y experiencia, competencias comunes a los empleados y las comportamentales, contribuciones individuales de quien esté llamado a desempeñar el empleo y conocimientos esenciales para desempeñarlo.

Reclama el actor que con fundamento a lo ordenado en el artículo 1 y 2 del decreto nacional 3905 de 2009, el Gobernador del Departamento de Nariño proceda teniendo en cuenta las pretensiones anteriores a reportar los cargos que en desarrollo de la ordenanza 017 de 25 de agosto de 2009 se establezcan, a fin de que los mismas deban proveerse siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 e 2004, en los Decretos – Ley 765, 775, 780 y 790 de 2005, 91 de 2009 y en sus decretos reglamentarios.

Pretende además el actor que en cumplimiento a lo ordenado en la circular 053 del 27 de octubre de 2009, expedida por la CNSC con base en la consolidación de la información de los aplicativos referidos suministradas por el Gobernador del Departamento de Nariño en desarrollo de las facultades otorgadas mediante al ordenanza 017 de 2009, la CNSC pueda proceder a conformar los grupos de la OPEC de las aplicaciones IV y V para que sean objeto de la OPEC.

Finalmente, solicita el reconocimiento de incentivos.

## **2. LA PROVIDENCIA APELADA**

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Pasto en sentencia de 19 de agosto de 2011 (Fols. 386-395) resolvió amparar los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la Defensa del Patrimonio Público. En consecuencia, ordenó al Departamento de Nariño - S.E.D. que por medio de su representante legal o de quien resulte delegado para tal función, que en el término perentorio de un año contado a partir del día siguiente a la firmeza de la decisión se adelanten todas las gestiones de carácter técnico, administrativo y presupuestal que resulten necesarias para que sin más dilaciones se determine y cree la planta de cargos de la Secretaría de Educación Departamental de Nariño según sus necesidades, requisitos y perfiles profesionales establecidos en los manuales de funciones para cada uno de los cargos y se proceda a la provisión de aquellos que resulten de carrera administrativa mediante el sistema del concurso público de méritos.

Además, el A quo dispuso que a partir de la firmeza de la decisión y sin perjuicio del lapso de un (1) año antes otorgado, se prohíbe al Departamento de Nariño – S.E.D. hacer uso del contrato de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en los términos de la sentencia de constitucionalidad C-614 de 2009, salvo las excepciones de ley. De llegarse a necesitar el ejercicio de la función administrativa asignada en un comienzo bajo la modalidad contractual, deberá procederse a vincular al personal en forma provisional hasta que se surta su provisión de manera definitiva.

Precisó el A quo que dicha disposición no afectaría la continuidad de los contratos de prestación de servicios suscritos para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente cuyo plazo de ejecución venza con posterioridad a la firma de la decisión.

Adicionalmente se negó el reconocimiento de incentivos para el actor popular y se dispuso compulsas de copias del texto de la demanda con el objeto de que la



autoridad de control disciplinaria departamental, asuma la investigación respectiva si hubiere mérito.

Estimó el Juzgado de Primera Instancia que no obstante la expresa prohibición legal, la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, es recurrente en acudir a la figura de la contratación directa para el ejercicio de funciones permanentes de la administración, como se prueba con el informe de contratación remitido por la entidad, en el cual se observa la suscripción de 324 contratos de prestación de servicios profesionales, técnicos y asistenciales para el cumplimiento de funciones administrativas en una sola vigencia (2008), lo cual constituye una clara y ostensible restricción del derecho a acceder a los cargos públicos por concurso de méritos como a posibilitar que en un proceso de provisión de tal magnitud sean intereses individuales los que determinen la forma de acceso a la administración pública, convirtiendo la forma de acceso por el sistema del concurso de méritos de regla general en excepción.

Se señala en la providencia apelada que la entidad demandada aunque consciente de su deber, justifica su actuar omisivo a las falencias de tipo presupuestal que endilga al Ministerio de Educación Nacional, quien según lo informado no ha determinado la aplicación de la cuota de administración del 2%, lo que indica que no se encuentran aprobados los recursos necesarios que permitan su financiación. No obstante, conforme a oficio remitido por la Oficina Asesora de Planeación y Finanzas del Ministerio de Educación Nacional de Colombia, mediante el cual informa de los porcentajes establecidos para el Departamento de Nariño por concepto de cuota de administración (que incluye pago de nómina de personal contratado) donde se puede observar que efectivamente la Nación a través del citado Ministerio está transfiriendo los recursos, e incluso el Departamento de Nariño, podría acceder a un 1% más en cuota de administración si certifica que implementó proceso de modernización, lo que indica que el aspecto presupuestal no es óbice para la implementación y el establecimiento de la planta de empleos en forma definitiva en la Secretaría de Educación Departamental. Además, que de llegar a aceptarse como justificación válida las

dificultades presupuestales, sería tanto como permitir que los claros mandatos constitucionales y legales sobre la forma de provisión de los cargos que pudieran quedar sometidos a la libre determinación y conveniencia de la administración pública sobre su aplicación e implementación, pudiendo hasta llegar a convertirse en una práctica indefinida en el tiempo, de paso en una forma de mantener un estado de cosas abiertamente inconstitucional e ilegal como a perpetuar que sean intereses individuales los que definan la forma de proveer los cargos en la administración pública por medio de la figura de la contratación estatal, conducta del todo ajena al derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Precisa el A quo que es posible que en la actualidad el costo de la nómina del personal requerido para el funcionamiento de la Secretaría de Educación supere el valor que por cuota de administración asigna anualmente el Ministerio de Educación Nacional a través de los diferentes COMPES sociales, aspecto que no fue determinado por la entidad demandada en tanto no aportó documentación que pudiera acreditar cuál es el valor real actual de la estructura de cargos y perfiles de los funcionarios propuestos con el proyecto de modernización para la implementación de la planta (no del personal contratado) a fin de determinar si efectivamente los recursos asignados por el Ministerio son o no suficientes para financiarla.

Agrega que se deberá implementar la planta de personal de la S.E.D. bajo la estricta observancia de las normas que regulan la materia, identificando claramente las funciones, actividades y perfiles realmente necesarios que permitan cumplir con las obligaciones atribuidas a la entidad, garantizando de esta manera tanto el acceso al empleo público mediante el mérito como los beneficios mínimos laborales consagrados en la Constitución con lo cual se evitaría el detrimento patrimonial del Estado, pues como consecuencia de esas relaciones laborales, irregularmente generadas, se promueven demandas en su contra que le significan el pago de sumas cuantiosas, al igual que con ello se

obvia que sea el interés individual del contratante de turno el que como práctica indefinida determine la forma de acceso al ejercicio de la función administrativa.

Concluye que la demostración de la sistemática contratación administrativa como forma permanente de proveer funciones administrativas en la Secretaría de Educación Departamental de Nariño en sustitución del concurso de méritos desconoce claros mandatos constitucionales y legales y se presta para que sea al arbitrio del contratante de turno el que determine con quién se favorece el acceso a la función pública, constituyéndose en circunstancias que menoscaban el derecho colectivo a la moralidad administrativa como el patrimonio público, lo que justifica su protección.

Finalmente, se negó el reconocimiento de incentivos para el actor popular en consideración a que la Ley 1425 de 29 de diciembre de 2010, derogó el sustento normativo que permitía su reconocimiento.

### **3. LA IMPUGNACION.**

El Departamento de Nariño apela decisión de primera instancia (Fols. 398-406) manifestando que el artículo 122 de la Constitución Nacional dispone que no puede haber planta de personal sin previo sustento presupuestal, por lo tanto no es aceptable poner al Departamento ante una imposibilidad de carácter jurídico y de carácter material para proceder a la adopción de dicha planta ya que no cuenta con el soporte financiero para ello y si el Departamento a la presente fecha se le acusa la omisión de la creación de una planta de personal como lo expone el accionante no ha sido a capricho y menos por negligencia de la administración departamental, sino por falta de presupuesto por parte del Ministerio de Educación Nacional a lo largo de los últimos años, considerando de vital importancia que su despacho ordene su vinculación a este proceso por encontrarse directamente comprometido por el tema de financiación a que

siempre estuvo obligado aportar y para lo cual debe afrontar su propia responsabilidad en la presente acción.

Señala que para los gastos del personal administrativo se debe tener en cuenta la planta viabilizada a noviembre de 2007 y la entidad territorial puede destinar hasta el 11.5% de la prestación de servicios, descontando NEE e internados, para financiar gastos administrativos así: 10.5 para el costo administrativo de los Establecimientos Educativos y 1% para cuota de administración o el 2% para entidades que hayan adoptado la estructura administrativa de la S.E.D., propuesta por el Proyecto de Modernización, previa aprobación escrita por parte del Ministerio de Educación Nacional, si el costo de la planta administrativa viabilizada por el MEN, supera el 11.5% o el 12.5%, no podrán utilizar recursos adicionales para otros gastos administrativos, de presentarse gastos superiores a los mencionados, deberán asumirse con recursos propios de la entidad territorial.

Agrega que los recursos asignados a la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, por cuota de la administración para la vigencia 2009, fue por DOS MIL TRESCIENTOS NOVENTA MILLONES SEISCIENTOS VEINTISEIS MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$2.390.626.400,00) y que el costo de la Planta de Personal para esta Secretaría ascendía a la suma de TRES MIL OCHOCIENTOS NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS (\$3.809.866.768,00) y que para la vigencia 2010, a través del documento CONPES 131, descontado los valores del 1% para ascensos en el escalafón docente y para necesidades educativas especiales, la asignación es de DOS MIL CIENTO NOVENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (\$2.193.998.862,00) y el costo de la planta de personal es por valor de TRES MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES NOVENTA MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS (\$3.946.090.649,00), con recursos del Sistema General de Participaciones.

Por lo anterior se tiene que el costo de la planta de personal para el funcionamiento de la S.E.D., supera el valor que por cuota de administración

asigna anualmente el Ministerio de Educación Nacional, a través de los diferentes CONPES sociales.

Aduce el recurrente que si bien la administración departamental ha venido suscribiendo contrato de prestación de servicios ha sido precisamente para no suspender el normal funcionamiento del servicio educativo ante las imposibilidades jurídicas y presupuestales ya referidas y no existe una verdadera vulneración de la moralidad administrativa en la medida en que la Secretaría de Educación Departamental ha venido trabajando en total normalidad y cumplimiento cabal de las diferentes actividades en materia de educativa y el tema de vinculación por contrato no demuestra que se haya vulnerado este principio.

Explica que una cosa es la planta de personal como tal que está supeditada a la financiación del Ministerio de Educación y otra cosa muy diferente es la ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA de dicha planta a que hace referencia el accionante en sus pretensiones, en la cual se está trabajando, como se evidencia en el proyecto de modernización y estructura de planta de cargos, para que una vez se le de vía libre a la financiación por parte del Ministerio de Educación, procede a la adopción de la planta de personal y remitir la respectiva información a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

Manifiesta que como evidencia de la gestión del Departamento de Nariño, se adjuntó a la contestación de la demanda copia del Acta de reunión de Comité Directivo, entre Secretaría de Educación Departamental y delegados del Proyecto de Modernización del Ministerio de Educación Departamental, llevada a cabo los días 18 y 19 de mayo de 2009, en el cual prácticamente se valida la estructura organizacional acordada entre las partes, se revisa el cuadro comparativo de cargos propuestos frente a los perfiles del personal que hoy en día labora la Secretaría y se entra a analizar las estrategias para la adopción e implementación de la estructura y planta de empleos, pero aún sin contar con la clara y nítida

aprobación del debido soporte presupuestal para su financiación por parte del Ministerio de Educación.

Expresa que de acuerdo a Ordenanza No. 017 de 2009 la Asamblea Departamental de Nariño, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, y en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 300 numeral 7 y 9 de la Constitución Política y los artículos 261 del Decreto 1222 de 1986, otorgan facultades pro tempore al Señor Gobernador del Departamento de Nariño, determinando las funciones de sus dependencias y demás decisiones necesarias, administrativas, presupuestales y financieras para que asuma los procesos que en materia de educación le corresponde por ley atender al Departamento. Tales facultades tienen in término de 1 año a partir de la sanción y publicación del documento.

Reitera que la S.E.D. de Nariño ha hecho todas las gestiones necesarias para lograr implementar una estructura adecuada a los requerimientos el sector educativo y así adoptar su planta de personal; sin embargo el Ministerio de Educación Nacional a la fecha no ha determinado la aflicción del 2% para cuota de administración, es decir aún no se encuentran aprobados los recursos necesarios que permiten la financiación de la planta de personal.

Considera el recurrente que la acción popular no es el medio jurídico idóneo para resolver lo solicitado por el demandante debido a que en ningún momento entra a probar el daño, peligro o amenaza de los derechos colectivos invocados como vulnerados y menos, vulneración alguna a los principios de la función pública, ya que por el contrario esa entidad ha administrado el servicio educativo departamental regida bajo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, claridad, imparcialidad y publicidad y además, con los más altos estándares de calidad, observándose por parte de la accionante que sus pretensiones son meramente económicas, buscando su propio beneficio y no el beneficio común.

Concluye que no se puede endilgar vulneración alguna al principio de moralidad administrativa, si existe por parte de la administración departamental una

correcta prestación del servicio y en ningún momento los postulados máximos que orientan el actuar de la administración se han visto truncados, por lo tanto no puede aseverarse una violación a esta prerrogativa, como tampoco bajo ninguna circunstancia se ha impedido o colocado barreras injustificadas a los usuarios que dificulten el acceso a los servicios prestados por la Secretaría de Educación Departamental. Es más. Con el proceso de modernización que se ha venido adelantando se han brindado las facilidades para que una vez el Ministerio proceda a la financiación correspondiente se adopte la planta de personal.

Solicita que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia y en su lugar se denieguen las pretensiones.

#### **4. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA.**

##### **4.1. La Entidad Accionada**

Reiteró en sus alegatos de conclusión los argumentos esgrimidos en el escrito de formulación del recurso de apelación (Fols. 412- 415).

##### **4.2. El Actor popular**

Alega de fondo (Fols. 419-428) señalando que de acuerdo a las pruebas aportadas en el libelo de la demanda inicial y a la relación de los contratos de prestación de servicios suministrada por la entidad demandada se tiene que el Departamento de Nariño entidad certificada en el campo de la educación desde el año 1997 ha abusado de la figura del contrato de prestación de servicios, por cuanto de manera permanente suscribió dichas vinculaciones, negándose a implementar una planta de personal.

Obra en el expediente la certificación de la existencia de los recursos para el desarrollo de la función administrativa en la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, los cales son girados sagradamente por el Ministerio de

Educación Nacional por concepto de cuota de administración de ahí que no es cierto que el Departamento de Nariño no cuenta con los recursos de carácter financiero para la creación de los empleos que necesita la S.E.D. para su funcionamiento.

Señala que la H. Corte Suprema de Justicia ha sido contundente en señalar la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre la forma o la interpretación del “contrato realidad”, pues en aquellas situaciones en las que los particulares celebran contratos civiles de prestación de servicios o contrato con trabajadores ocasionales, pese a que en la realidad revisten una verdadera relación laboral la ha declarado. En el mismo sentido, ha dicho que uno de los elementos determinantes para señalar cuándo una relación de trabajo es laboral y cuándo es civil, es el análisis de la función contratada, pues si la labor contratada corresponde al “giro ordinario de los negocios” o hace parte del objeto social o función permanente de la empresa y, a ello se suman los demás elementos de la relación laboral, éste será un contrato de trabajo, regido por el Código Sustantivo del Trabajo.

A juicio del actor popular la jurisprudencia nacional permite concluir 2 cosas: (i) los jueces ordinarios y constitucionales han sido enfáticos en sostener que la realidad prima sobre la forma, de ahí que no puede suscribirse un contrato de prestación de servicios para ejecutar una relación laboral. De hecho, el verdadero sentido del principio de primacía de la realidad sobre la forma impone el reconocimiento cierto y efectivo del real derecho que surge de la actividad laboral. Por consiguiente, en caso de que los jueces competentes encuentren que se desnaturalizó la relación contractual de trabajo procederán a declarar la existencia del verdadero contrato celebrado, sin que sea relevante el nombre acordado y ordenarán ajustar los derechos económicos a lo que corresponda en justicia y derecho. (ii) la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de



personal. De esa manera, ahora resulta relevante e indispensable establecer cómo debe entenderse el concepto de función permanente.

Señala que en el análisis probatorio del caso concreto, deberá tenerse en cuenta factores como: i) la voluntariedad con la que las partes acuden a la forma contractual escogida. Dicho en otros términos, por ejemplo si un asociado debe afiliarse a una cooperativa para obtener un contrato de trabajo, es claro que dicha decisión no es libre y, por ese hecho, ese acto constituye una desviación de la forma asociativa legal y constitucionalmente autorizada, ii) la finalidad con la que se acude a la forma contractual, pues si se celebran contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones permanentes de la entidad o si se acuerda la prestación de servicios personales subordinados a cambio de una remuneración económica con una cooperativa de trabajo, de tal forma que puedan retirarse trabajadores de sus nóminas o recortarse plantas de personal, o se celebran contratos con empresas de servicios temporales para el desempeño de funciones propias del giro ordinario de los negocios empresariales, es evidente que se ha utilizado una forma contractual legal para desnaturalizar la relación labora. iii) La prestación directa del servicio y el ánimo con el que el beneficiario del trabajo lo recibe. En efecto, quien contrata un servicio personal de trabajo debe ser plenamente consciente de la naturaleza el vínculo acordado, pues si se celebra un contrato de prestación de servicios con una cooperativa de trabajo no puede ser ajeno a la relación laboral que se genera entre el trabajador y la cooperativa.

Solicita que se confirme en su totalidad la sentencia proferida por el Juzgado de primera instancia, se condene en costas y en agencias en derecho a la entidad accionada y que fije el incentivo a favor del actor popular de acuerdo al artículo 34 de la Ley 472 de 1998.

## **II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

### **1. NATURALEZA DE LAS ACCIONES POPULARES:**

De conformidad con el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política, las acciones populares, reglamentadas por la Ley 472 de 1998, están encaminadas a proteger derechos e intereses colectivos, en aquellos eventos en que se vean amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares.

Es por tanto una facultad de toda persona acudir al amparo del Estado para conjurar o prevenir la violación o amenaza. Tal trasgresión o amenaza puede estar constituida por actos, hechos u omisiones de dichas autoridades, es decir las manifestaciones de la violación del derecho pueden ser positivas o negativas (hacer o dejar de hacer) por parte del sujeto activo.

Conforme a los arts. 1, 2, 4 y 9 ídem, su finalidad es la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva y se ejerce *para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre los derechos o intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.*

La titularidad en su ejercicio está en su naturaleza popular; por ende puede ser interpuesta por cualquier persona, natural o jurídica, privada o pública, por las autoridades, organismos y entidades indicados en el art. 12 de la citada Ley. Es decir, la *legitimación en causa por activa* para ejercer las acciones populares está en cabeza de *cualquier persona*<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre el tema de legitimación en causa puede revisarse entre otras sentencias: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de abril de 2002, AP-0036, sentencia del 30 de mayo de 2002, AP. 3664. También, sentencia de 20 de septiembre de 2001, AP 0395.

Igualmente, la Corte Constitucional en sentencia C-215 de 1999 anotó:

“2. Naturaleza y ámbito de protección de las Acciones Populares y de Grupo

“Cabe anotar, que la Constitución de 1991 no distingue como lo hace la doctrina, entre intereses colectivos e intereses difusos, para restringir los primeros a un grupo organizado y los segundos a comunidades indeterminadas, pues ambos tipos de intereses se entienden comprendidos en el término “colectivos”. *Las acciones populares protegen a la comunidad en sus derechos colectivos y por lo mismo, pueden ser promovidas por cualquier persona a nombre de la comunidad cuando ocurra un daño a un derecho o interés común, sin más requisitos que los que establezca el procedimiento regulado por la Ley*”

La garantía de los derechos a través de la acción popular cobra importancia cuando ésta se torna en una herramienta jurídica que no requiere mayores requisitos de orden formal y su trámite y resolución es preferente, lo mismo que los términos que se conceden a las autoridades para cumplirla.

Se trata de una acción principal, preventiva, cuando alude a que un derecho colectivo está siendo amenazado y restitutiva, cuando el derecho colectivo está siendo violado, con el propósito de que vuelvan las cosas al estado anterior. Por lo antepuesto, el inciso segundo del artículo 2 de la Ley 472 de 1998 establece que éstas “... se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”.

Puntualizando lo anterior, el artículo 4° de la mencionada Ley 472, hace alusión a cuáles son los derechos e intereses colectivos, dentro de los que se encuentran los invocados por el accionante. Se debe aclarar que la lista que presenta este artículo no es taxativa y que estos derechos e intereses colectivos también se consagran en la Constitución Política, las leyes ordinarias y los tratados internacionales ratificados por Colombia, según lo dispuesto en el inciso segundo del artículo citado.

## **2. PROBLEMA JURIDICO.**

Los supuestos de hecho invocados y alegados por las partes llevan a formular los siguientes problemas jurídicos:

¿Incurrió el Departamento de Nariño en vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, por la omisión de adopción de la planta de personal y la provisión de empleos a través de la

figura del contrato de prestación de servicios en la Secretaría de Educación Departamental de Nariño?

La respuesta al interrogante planteado, es positiva, en tanto se evidencia que la entidad accionada ha celebrado de manera continua y permanente contratos de prestación de servicios con personas naturales, sin atender los requerimientos que la Ley 80 de 1993 artículo 32 impone, pues además de tratarse de contratos prorrogados en 3 anualidades (según el reporte obrante en el plenario), se trata de funciones propias de empleados de planta y para el desarrollo del objeto misional de la Secretaría de Educación Departamental. Situación ésta que a la postre, genera cuantiosas demandas por reclamo de prestaciones sociales invocando la figura de “contrato realidad”.

### **3. LOS DERECHOS COLECTIVOS INVOCADOS**

Los Derechos invocados por el actor se encuentran consagrados en la ley 472 de 1998<sup>2</sup> como derechos e intereses colectivos, susceptibles de protección constitucional a través de la Acción Popular<sup>3</sup>.

#### **3.1. LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA**

La moralidad administrativa está contenida en el enunciado de derechos e intereses colectivos susceptibles de ser protegidos a través de la acción popular, al tenor de lo establecido en el artículo 88 de la Constitución Política; así mismo, la Ley 472 de 1998 (literal b, artículo 4) la retoma en idéntico sentido.

---

<sup>2</sup> **ART. 4.-** literal b). “La moralidad administrativa.

(...)

e). “La defensa del patrimonio público”.

<sup>3</sup> **ART. 2.-** Acciones Populares. Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.

Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

En lo referente a este derecho consagrado en la Constitución Política y la ley, ha expresado el Consejo de Estado, extensamente<sup>4</sup>, que si bien es cierto dicho principio-derecho se encuentra consagrado en las anteriores normas supralegales y legales, no lo es menos, que no se halla definido de manera expresa por dichas disposiciones, razón por la cual, y al encontrarnos frente a un concepto jurídico indeterminado, esa Corporación a través de su jurisprudencia se ha visto en la necesidad de delimitar su alcance, a través de definiciones que cada vez se han venido precisando de manera más específica, como ocurre en reciente sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>5</sup>, en la cual se concluye que es equivocado asociar de manera inescindible los conceptos de legalidad y moralidad. Las razones para llegar a tal afirmación se resumen así:

Los conceptos de legalidad y moralidad no son iguales. De confundirse la legalidad con la moralidad, la ética quedaría reducida a la ley, pues no toda moral está contenida en la norma, del mismo modo que tampoco toda ley contiene un concepto moral. Por otra parte, si la ley se identificase con moral administrativa, el derecho colectivo no sería el de la “moralidad administrativa” sino el de la “legalidad administrativa”. También, de confundirse la legalidad con la moralidad, la protección de esta última se lograría a través de un simple juicio de legalidad, por lo que el Constituyente no hubiera establecido dicho derecho colectivo.

En la mencionada sentencia se expresó:

*“En síntesis, hoy en día es posible desentrañar la moral administrativa en varios lugares, unos más comunes que otros, unos más complejos que otros, unos más grandes que otros: i) al interior de la norma positiva-la Constitución, la ley, los reglamentos y en general cualquier norma del ordenamiento jurídico que desarrolle un precepto moral-: lugar en el cual, comúnmente, buscan los abogados la moralidad pública; ii) en los principios generales del derecho y en los concretos de una materia, los*

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar, Bogotá, D.C., cinco (5) de marzo de dos mil ocho (2008), Radicación número: 25000-23-27-000-2004-01402-02(AP), Acumulado con el 2004-01605)

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Cosejero Ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil siete (2007), Radicación número 2004-00009.

*cuales mandan, desde una norma, actuar de un modo determinado, aunque menos concreto que el común de las normas positivas. Esta fuente de la moralidad administrativa es menos precisa, pero no por ello menos concreta en sus mandatos. Admite, por esta misma circunstancia, un alto nivel de valoración, pero sin tolerar el capricho. Finalmente, iii) la moral administrativa también se halla por fuera de las normas, pero dentro del comportamiento que la sociedad califica como correcto y bueno para las instituciones públicas y sus funcionarios, en relación con la administración del Estado. Esta fuente de la moral administrativa exige del juez mayor actividad judicial, pero con ayuda de la razón y del sentido común ético puede calificar los distintos comportamientos administrativos a la luz de la moral exigible de quien administra la cosa pública. Este lugar, más abstracto aún que el anterior, exige una ponderación superior, en manos del juez, de la conducta administrativa, a la luz de la ética pública.”<sup>6</sup>*

De lo anterior colige el Consejo de Estado en la sentencia citada, que no siempre que se configura la ilegalidad de una actuación se da la vulneración automática de la moralidad administrativa, pues, como antes se indicó, la moralidad administrativa y la ilegalidad son conceptos totalmente distintos con naturaleza y alcance diferentes, por lo que será el Juez quien en cada caso, determinará si la conducta analizada se adecua a la moral que se exige para quien administra la cosa pública, para cuyo propósito puede acudir al contenido de las normas positivas, a los principios generales del derecho, así como a la razón y el sentido común ético.

### **3.2. DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO**

Este derecho o interés colectivo se encuentra también contemplado en el artículo 88 de la Constitución Política. Del mismo modo, la Ley 472 de 1998, en el literal e) del artículo 4º, incluye la “defensa del patrimonio público” como derecho o interés colectivo protegido con la acción popular.

---

<sup>6</sup> Ver folios 64 y 65 de dicha sentencia.

En lo que respecta a su contenido material, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha advertido.

*“(…) Es por ello que al concepto de patrimonio público, en cuanto integrador de un derecho cuya titularidad corresponde a la colectividad, debe reconocérsele el alcance amplio que legalmente le corresponde, sin limitación alguna, incorporando en él tanto los bienes, derechos e intereses de los cuales sea titular el Estado o las entidades que lo conforman, como el conjunto de bienes, derechos e intereses de los cuales es titular la colectividad en general, lo cual no significa, en modo alguno, que los derechos que tienen identidad propia y que como tales constituyen objeto de tutela jurídica vayan a perder su individualidad y su posibilidad de ser protegidos de manera autónoma, por la sola consideración de formar parte integrante de aquél<sup>7</sup>.”*

Adicionalmente, en fallo de esa Sección del Consejo de Estado, se estableció lo siguiente:

*“Cuando la Constitución Política concibió al patrimonio público como derecho o interés colectivo, fue mas allá de la pretensión de desarrollos normativos como los apenas aludidos, pues atribuyó valor subjetivo (protegido constitucionalmente con la acción popular) a la expectativa ciudadana de un correcto y ajustado manejo de los bienes, derechos y obligaciones “de los que el Estado es propietario”. Esta dimensión subjetiva que alcanza el patrimonio público con el artículo 88 constitucional, se subraya, no es individual sino colectiva y por tanto cualquier miembro de la comunidad está legitimado para pedir a la jurisdicción contencioso administrativa su protección. Sobre los alcances de la subjetividad de los derechos colectivos, pueden extenderse muchas de las consideraciones expuestas a propósito de la moralidad administrativa, que no se presentan aquí para evitar ser repetitivos y fortalecer los contenidos de este fallo que constituyen su ratio decidendi tal y como se evidenciará más adelante. (...)’*

*‘(…) Con estos alcances, se destaca una aproximación indiscutible entre los derechos o intereses colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa. Esta cercanía sin embargo se evidencia más de éste a aquélla que a la inversa, toda vez que el menoscabo o amenaza al derecho colectivo del patrimonio público se logra en las más de las veces a través de medios contrarios a la moralidad administrativa, mientras que pueden evidenciarse múltiples hipótesis de violación o puesta en*

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia AP-20040992 de 16 de agosto de 2007. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

*riesgo de ésta sin que esto implique un detrimento o un riesgo al patrimonio público (...)*'.

*'(...) Finalmente, vale la pena señalar que dada la especificidad de la dimensión subjetiva que alcanza el patrimonio público con ocasión de su consideración como derecho o interés colectivo, su estudio demanda un riguroso análisis probatorio en cada caso, del que se infiera un efectivo detrimento al patrimonio público con ocasión de una "acción u omisión" de una entidad pública o cuando menos una seria y razonable amenaza del mismo. Esto implica un deber de diligencia inmenso del actor popular, toda vez que él soporta la carga de la prueba<sup>8</sup>(...)'<sup>9</sup>*

Por lo anteriormente expuesto, se infiere del aparte jurisprudencial transcrito, que es deber del actor demostrar la amenaza o el detrimento patrimonial del Estado ocasionado por una acción u omisión de sus agentes.

#### **4. EL CASO CONCRETO**

Se tiene probado en el proceso lo siguiente:

**4.1.** Mediante Ordenanza No. 017 de agosto 25 de 2009 proferida por la Asamblea Departamental de Nariño (Fol. 313) se otorgó facultades pro – tempore al Gobernador del Departamento de Nariño, para reformar la estructura administrativa del sector central de la Gobernación de Nariño, creando la estructura administrativa de la Secretaría de Educación Departamental de Nariño.

El término de dichas facultades fue fijado en un año, contado a partir de la sanción y publicación de la Ordenanza, cuyo artículo primero textualmente dispuso:

*“Concédase facúltese pro- tempore al Gobernador del Departamento de Nariño, para reformar la estructura administrativa del sector central de la Gobernación, creando la estructura administrativa de la*

---

<sup>8</sup> Cita de cita: Literal e) del artículo 18 y artículo 8 de la Ley 472 de 1998.

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia AP-549 de 21 de febrero de 2007. C. P. Dr. Alier Hernández Enríquez.



*secretaría de educación departamental y determinando las funciones de sus dependencias y demás decisiones necesarias, administrativas, presupuestales y financieras, para que asuma los procesos que en materia de educación, le corresponde por ley atender al Departamento”.*

En la exposición de motivos de la aludida Ordenanza, se señaló (Fol. 94-98):

*“El devenir de la Secretaría de Educación Departamental, se garantiza y prodigaron personal vinculado en su gran mayoría a la Administración Departamental, mediante contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión de conformidad con lo exigido en la Ley 1150 de 2007, modificatoria de la Ley 80 de 1993, así como, de personal que se encuentra bajo la figura de comisión de servicios determinada en el Decreto 1950 de 1973.*

(...)

*La adopción de la estructura administrativa de la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, así como, la determinación de la planta de cargos con la que contará para el cumplimiento de los fines institucionales del Departamento de Nariño en materia educativa, resulta un desarrollo claro y razonable del fortalecimiento de aquella Dependencia, más aún, cuando con ello se solventa la aplicación directa de las disposiciones normativas descritas en la Ley 909 de 2004 y aquellas proferidas con fundamento en dicho conjunto normativo.*

*Que el Ministerio de Educación Nacional y la firma Liborio Cuéllar & Cia. Ltda., suscribieron el contrato No. 236 de 2004, con el fin de realizar la capacitación e implantación de los procesos y diseño detallado de la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, medidas administrativas y logísticas necesarias para la modernización de aquellas Dependencias, con el objetivo de la consolidación de procesos y procedimientos con el fin de acreditar la certificación en el sistema de gestión de calidad, bajo la norma técnica NTC-GP-1000.*

(...)

*Precisamente, la Ministra de Educación Nacional mediante Oficio 2009EE33541 de 19 de Junio de 2009, precisó que en el marco del proyecto de modernización adelantado por la Secretaría de Educación, se identificó que el fortalecimiento de la estructura organizacional y de la planta de cargos es una necesidad fundamental para lograr la implementación y sostenibilidad de los procesos y sistema de información diseñados bajo el amparo del citado proyecto.*

*En el citado documento, indico (sic) además, que para apoyar la adopción y puesta en funcionamiento de la estructura organizacional resultante del proceso de modernización que en la actualidad adelanta la Secretaría de Educación Departamental de Nariño con la supervisión del Ministerio de Educación Nacional, autorizó la financiación de la cuota de administración, hasta un 2% de la asignación del Sistema General de Participaciones por población atendida.*

*Con base en la asignación por población atendida para el Departamento de Nariño durante la vigencia 2009, (11/12) que según CONPES 122 de 2009, es de \$215.717.0012.500, la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, podrá mediante la autorización impartida por el MEN, disponer para los meses comprendidos entre julio y noviembre de 2009, e \$1.961.063.750, que equivalen al 2% en los meses referenciados (5/12) como Cuota de Administración para financiar la implementación de la estructura organizacional. No se contempla el mes de diciembre de 2009, toda vez que los recursos de la última doceava se asigna mediante documento CONPES SOCIAL a finales del año o prime mes del año siguiente a la vigencia objeto de estudio.*

*Como se puede observar la creación de la estructura administrativa de la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, se erige en una obligación de carácter legal, no solo (sic), porque, precisamente la presencia de aquella estructura garantizaría que la continuidad de los procesos y procedimientos determinados actualmente, no sufran de inconvenientes o circunstancias constitutivas de interrupción, garantizándose así la proyección de los mismos, con vocación de permanencia en el tiempo”.*

De lo anteriormente reseñado, concluye la Sala que la iniciativa de adoptar la planta de personal de la Secretaría de Educación del Departamento, parte de la Gobernación del Departamento y se sustentó básicamente en la necesidad fortalecer esa dependencia para el cumplimiento de sus fines institucionales, en la iniciación y trámite del proceso de modernización desde el año 2004 y previa aprobación por parte del Ministerio de Educación Nacional de un 2% de la asignación del Sistema General de Participaciones por población atendida como cuota de administración para financiar la implementación de la estructura organizacional.

No obstante, se verifica que el plazo de un año de las facultades pro tempore concedidas al Gobernador del Departamento de Nariño, mediante Ordenanza No. 017 de 25 de agosto de 2009, para que se cree la estructura administrativa de la Secretaría de Educación Departamental, se encuentra más que fenecido, como quiera que dicho plazo se contabilizó desde la publicación de la Ordenanza.

**4.2.** Por su parte la entidad accionada, justificó la no creación de la planta de personal de la Secretaría de Educación Departamental, argumentando la insuficiencia presupuestal para el efecto y la realización de gestiones previas como el desarrollo del plan de modernización de la entidad.

En efecto, con la contestación de la demanda, el Departamento de Nariño aportó el oficio No. PPTO 021-10 de 10 de mayo de 2010, suscrito por el Coordinador Financiero de la Secretaría de Educación Departamental (Fol. 140), en el cual comunica que el costo de la planta de personal para el funcionamiento de esa dependencia, supera el valor que por cuota de administración asigna anualmente el Ministerio de Educación Nacional.

De igual forma, Mediante oficio de fecha 10 de mayo de 2010, suscrito por la Subsecretaría de Planeación Educativa de la Secretaría de Educación Departamental de Nariño ( Fols. 144-151) se explica que pese a la expedición de la Ordenanza No. 017 de 2009, en el mes de enero de 2010, el Ministerio de Educación Nacional informó a esa Secretaría que **no** aprueba la utilización del 2% de la cuota administración para la financiación de la nueva planta, puesto que los costos de la planta de administrativos de las Instituciones Educativas superan lo aprobado según documento CONPES, de modo que no se encuentran aprobados los recursos necesarios que permitan la financiación de la planta de personal.

4.3. Mediante Oficio G.A. 257-11 (Fols. 314-328), la Secretaría de Educación Departamental de Nariño remite la relación de los contratos de prestación de servicios celebrados durante las vigencias de 2008, 2009 y 2010, reportando un total de 166, 278 y 151 contratos respectivamente (la numeración señalada en dicho documento no coincide, pero la contabilización arroja tales resultados).

Mediante oficio de fecha 11 de abril de 2011 se complementó la información, reportando 76 contratos más para la vigencia 2010 (Fols. 349-351).

Se evidencia entonces, que la Secretaría de Educación Departamental de Nariño cuenta, con una gran cantidad de personal vinculado en la modalidad de contratos de prestación de servicios tanto en el nivel de profesionales, como técnicos y asistenciales.

Cabe en este punto precisar que el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993<sup>10</sup>, fundamento jurídico de los contratos suscritos por la Secretaría de Educación Departamental es claro en establecer que los contratos de prestación de servicios *“sóló” podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades **no puedan realizarse con personal de planta** o requieran conocimiento especializados”*.

Norma esta que fue declarada exequible por la H. Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara,

---

<sup>10</sup> **30. 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 sóló podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializados.

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

argumentando que los eventos de celebración de contratos de prestación de servicios se encuentran limitados de manera estricta a los casos en los que la función administrativa no puede ser suministrada por personas de la planta de personal o cuando se requieran conocimiento especializados. Dijo esa H. Corporación en esa providencia:

*“... se establecen las siguientes características: a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido”.*

Con lo expuesto concluye la Sala que la enorme cantidad de contratos de prestación de servicios celebrado por la Secretaría de Educación Departamental con personas naturales durante las vigencias 2008, 2009 y 2010, sólo reflejan que fueron suscritos desestimando las directrices jurisprudenciales al respecto y violando los parámetros legales expuestos, como quiera que conforme al objeto contractual señalado en el reporte puede verificarse que en muchos casos (si no en todos) se trata de funciones y actividades propias del personal de planta. Además, puede observarse en el mismo reporte que muchos de los contratos se prolongaron en el tiempo pues fueron celebrados en las 3 vigencias. Situaciones estas que desnaturalizan el objeto y finalidad de los contratos de prestación de servicios.

**4.4.** Por su parte, el Ministerio de Educación Nacional, por conducto de la Oficina Asesora de Planeación y Finanzas (Fol. 354) explica que la cuota de administración corresponde a un porcentaje de los costos asociados a la administración y gestión eficiente y oportuna de los recursos del Sistema, el cual se estableció con la expedición de la

Ley 1176 de 2007, que reglamentó la fijación de un porcentaje máximo en los CONPES de cada vigencia que señala el porcentaje asignado para cuota de administración.

Para el caso del Departamento de Nariño, se informa que los conceptos de cuota de administración son los siguientes:

Vigencia	Porcentaje de recursos para gastos administrativos
2011	10% Incluye 1% de cuota admón. (1% adicional por certificar que implementaron procesos de modernización en vigencias anteriores.
2010	10.5% + (1% ó 2% de cuota de admón., si se encontraba en proceso de modernización)
2009	8% + (1% ó 2% de cuota de admón., si se encontraba en proceso de modernización)
2008	6% + (1% a 1.5% si se encontraba en proceso de modernización)
2007	1% hasta 3% Sólo para cuota de administración)

De esta forma, puede observarse que efectivamente el Ministerio de Educación Nacional ha destinado los recursos correspondientes al 1% y 2% para cuota de administración. Empero, el Departamento de Nariño no ha implementado la nueva planta de personal, pese a que los pasos previos para el efecto, se encuentran agotados, como fue el estudio técnico realizado por la firma Liborio Cuellar & Cia., el proyecto de modernización de la Secretaría de Educación Departamental (Fols. 152-162) y la expedición de la Ordenanza No. 017 de 2009 (Fol. 178), por la cual se otorgaban facultades pro tempore al Gobernador del Departamento de Nariño para reformar la estructura administrativa de esa entidad.

A juicio de esta Sala, mientras no se adopte la planta de personal de la Secretaría de Ecuación Departamental, el Departamento de Nariño se verá avocado a continuar celebrando contratos de prestación de servicios con

personas naturales a fin de vincular a servidores encargados de ejercer las actividades que esa dependencia demanda, actividades que, se itera, no son de carácter temporal y deberían en principio, ser desarrolladas por empleados de planta.

Permitir que la Secretaría de Educación Departamental continúe celebrando contratos de prestación de servicios indiscriminadamente, es cohonestar la existencia de una nómina paralela, situación contraria a los ordenamientos legales y constitucionales.

**4.5.** Bajo el contexto antes descrito, considera la Sala que los derechos colectivos invocados en la demanda sí se encuentran vulnerados, en tanto la celebración indiscriminada de contratos de prestación de servicios atenta contra principios de orden constitucional como lo es la igualdad en las oportunidades de acceder a un cargo público y la provisión de los mismos por méritos.

Con la celebración de manera permanente y continuada de contratos de prestación de servicios, para efectos de que se realicen las mismas funciones de empleados de planta, además de desconocerse los derechos laborales que les asiste a tales empleados, se omite la selección objetiva del contratista, lo que evidencia violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa.

De igual forma, no puede desconocerse que los servidores públicos vinculados, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, que acrediten los elementos estructurantes de una relación laboral (prestación personal del servicio, subordinación y salario), pueden acudir en demandante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a efectos de que se declare la existencia de un “contrato realidad”, lo que a la postre

implica condenas contra el Estado por elevadas sumas de dinero, lo que evidencia flagrante detrimento al patrimonio público.

5. En lo concerniente al reconocimiento de incentivos, a juicio de esta Sala el contenido normativo de la Ley 1425 de 29 de diciembre de 2010, es claro en derogar la norma que imponía el reconocimiento de incentivos en acciones populares, motivo por el cual, habrá de confirmarse en este punto la providencia apelada. Adicionalmente, la H. Corte Constitucional en sentencia C-630 de 2011, con ponencia de la Doctora María Victoria Calle, declaró la constitucionalidad de la norma, argumentando:

*“... la derogación de los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, que implica la supresión del incentivo económico que se reconocía Conforme al actor de acciones populares, corresponde al legítimo ejercicio de la potestad de configuración legislativa de que goza el Congreso de la República que comprende de manera general, la facultad para derogar las leyes y específicamente, de la delegación expresa contenida en el artículo 88 de la Carta, para regular íntegramente las acciones populares. La medida legislativa estudiada (suprimir el incentivo) es un uso legítimo de la facultad de configuración y regulación del Congreso de la República, pues no contempla una carga irrazonable y desproporcionada para las personas que ejerzan su derecho a interponer una acción popular.*

*Ahora bien, la circunstancia de que la Corte Constitucional haya declarado exequibles los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 que se derogan por la ley demandada (Sentencia C-459/04), no significa que tales normas se hubieran convertido en inmutables y por tanto, que no pudieran ser objeto de modificación, adición o derogación por parte del Congreso. Menos aún, puede aducirse la violación del principio de la cosa juzgada constitucional consagrado en el artículo 243 de la Carta que prescribe algo distinto, como es que la declaración de inexecutable (no de exequibilidad) de una norma por razones de orden material, que produce su exclusión del ordenamiento jurídico, implica la prohibición de su reproducción mientras subsistan en la Constitución los preceptos vulnerados. De ninguna forma significa que toda disposición legal declarada executable deba permanecer sin modificación alguna en el ordenamiento, lo cual desconocería la cláusula general de competencia del Congreso para derogar leyes y conduciría a la petrificación de la legislación. Por ello, la Corte aclaró que el establecimiento o supresión de un incentivo económico para el actor popular se enmarca en el ámbito de configuración legislativa de las acciones populares.*

(...)



Para la Corte, tampoco puede considerarse que la derogación del estímulo económico que existía a favor del actor popular constituya una medida regresiva, que desconozca derechos adquiridos o equivalga a la derogación de las acciones populares como mecanismo constitucional de protección y defensa de los derechos colectivos. En primer lugar, el incentivo previsto inicialmente en la Ley 472 de 1998 no constituye en sí mismo un derecho subjetivo del actor, una especie de “derecho adquirido” no susceptible de ser afectado por el legislador. Esta Corporación ha señalado que el carácter público de las acciones populares determina que su ejercicio supone la protección de un derecho colectivo, es decir, de un interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares. No obstante, otorga la posibilidad de que cualquier persona perteneciente a esa comunidad, pueda acudir ante el juez para defender a la colectividad afectada, con lo cual se obtiene de manera simultánea, la protección de su propio interés. De este modo, la carencia de contenido subjetivo de las acciones populares implica que no le es inherente un resarcimiento de tipo pecuniario en favor de quien promueve el reclamo judicial de un interés colectivo y por tanto, no constituye un elemento estructural de las acciones que demandan la protección de derechos colectivos, sino un instrumento accesorio que inicialmente se previó por el legislador, en el comienzo de un mecanismo novedoso en cuanto a la titularidad y rango constitucional de la acción, como una forma de mover a los ciudadanos a interesarse en actuar en la defensa de intereses de la comunidad. En segundo lugar, la Corte señaló que no puede hablarse en este caso de regresividad de los “derechos sociales” (Título II, Capítulo II de la C.P.), pues aunque en ocasiones pueden coincidir con los “derechos colectivos” (art. 88, Ley 472 de 1998), su concepto y alcance es diferente y el hecho de que se reconozca o no el incentivo para el actor popular no supone que haya un desmejoramiento en la protección de unos u otros. Máxime cuando la motivación del Congreso de la República al derogar el incentivo, lejos de restringir el goce efectivo del derecho a interponer acciones populares, fue la de evitar los efectos perversos que la regulación de este incentivo traía en favor del actor popular, lo que a juicio de dicho foro de representación democrática, generaba problemas en la defensa y promoción de los intereses colectivos.

Lo anterior evidencia, que tampoco el incentivo económico que la Ley 472 de 1998 le reconoció en un comienzo al actor popular, puede considerarse que haga parte del núcleo esencial del derecho de acceso a la administración de justicia en materia de acciones populares, ya que de él no depende, por ejemplo, la titularidad de la acción, elemento éste que sí es fundamental en el impulso del mecanismo de protección de los derechos colectivos. No debe olvidarse que la Constitución Política consagra el deber de toda persona de actuar conforme al principio de solidaridad (art. 95.2), que es uno de los pilares del Estado social de derecho (art. 1º C.P.), en virtud del cual, se tiene la obligación de actuar en defensa de derechos que no afectan sólo al individuo, sino a la comunidad. En este sentido, que el legislador regule las acciones

*populares, cuyo propósito es reclamar la defensa de los derechos colectivos para su protección oportuna, con base en el principio de solidaridad, antes que con base en la expectativa de una remuneración, no es contrario a la Constitución Política. Esa finalidad coincide con una de las metas constitucionales más importantes, cual es, precisamente la promoción del principio de solidaridad.*

*En cuanto al derecho a la igualdad, no cabe argüir el desequilibrio de las partes en la acción popular como argumento a favor del pago de una recompensa al actor. De ser así, cabría predicar la misma razón respecto de otras acciones ciudadanas, como la acción de inconstitucionalidad, nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa o la acción de cumplimiento. En todo caso, como se dijo, los gastos en que pudiese incurrir el actor de la acción popular forman parte de las costas procesales que debe serle reconocidas”*

Así las cosas, conforme a lo dispuesto en el artículo 38<sup>11</sup> de la Ley 472 de 1998, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 392 y 393 del C.P.C modificado el primero por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010, en la presente instancia habrá de condenarse en costas a favor de la parte accionante, en tanto el recurso de apelación interpuesto por la entidad accionada no prosperó. Así, en aplicación del citado artículo 19<sup>12</sup> y del Acuerdo 1887 de Junio 26 del 2003, artículo 6, Capítulo III Contencioso Administrativo, 3.2 acciones populares y de grupo, del Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa y teniendo en cuenta que la parte actora intervino en el trámite del recurso en alzada y por ende atendiendo su gestión, se considera de manera razonable y equitativa, fijar las agencias en derecho en el equivalente a un salario mensual legal vigente (\$553.600), a cargo de la entidad apelante.

Se adicionará o complementará la sentencia en el sentido de disponer la creación de un Comité de Seguimiento para la verificación del cumplimiento de las órdenes de la sentencia, integrado por un representante del Gobernador del

---

<sup>11</sup> “Artículo 38 C.C.A.- Costas. El juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas. Sólo podrá condenar al demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe (...)”

<sup>12</sup> “Artículo 19(...)

2. La condena se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a la condena. **En la misma providencia se fijará el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación”**

Departamento de Nariño, Asamblea Departamental de Nariño, del Señor Secretario de Educación Departamental, de la Personería Municipal, de la Defensoría del Pueblo y con la intervención del actor popular.

**EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMASE** la sentencia proferida el diecinueve (19) de agosto de dos mil once (2011) por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Pasto (N) que accedió a las súplicas de la demanda.

**SEGUNDO:** Adicionar el ordenamiento “DECIMO PRIMERO” de la sentencia apelada, el cual quedará así:

*“DECIMO PRIMERO: Créase un Comité de Seguimiento para la verificación del cumplimiento de las órdenes de la sentencia, integrado por representante del Gobernador del Departamento de Nariño, Asamblea Departamental de Nariño, del Señor Secretario de Educación Departamental, de la Personería Municipal, de la Defensoría del Pueblo y con la intervención del actor popular.*

*El Comité designado, deberá rendir informe cada tres meses, y estará coordinado por todos los efectos por la Defensoría del Pueblo”.*

**TERCERO:** Condenar en costas a la parte accionada – apelante. En tanto no se acreditaron otros gastos, fíjese e inclúyase como costas, en segunda instancia las

agencias en derecho, el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente (\$566.700 ) a favor de la parte accionante y a cargo del Departamento de Nariño.

**CUARTO :** Ejecutoriada esta providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen. Se dejarán las notas respectivas en el sistema “Siglo XXI”

Esta Sentencia se discutió y aprobó, en Sala de Decisión de la fecha.

**NOTIFIQUESE y CUMPLASE**

**Los Magistrados,**

**PAULO LEÓN ESPAÑA PANTOJA**

**BEATRIZ ISABEL MELODELGADO PABON**

**ALVARO MONTENEGRO CALVACHY**