**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS –** **Constitucionalidad**

La Corte Constitucional al examinar la exequibilidad del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, determinó la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público y al definir sus características y diferencias con el contrato de trabajo señaló que el ejercicio de tal potestad se ajusta a la Carta Política, siempre y cuando la administración no lo utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal, subordinada y dependiente.

**CONTRATO REALIDAD – Requisitos**

Por su parte, esta Corporación en varias decisiones ha reiterado la necesidad de que, cuando se trata de una relación laboral, se acrediten fehacientemente los tres elementos que le son propios, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración y, en especial, la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador en forma continuada.(…) Tal posición se complementa con la expuesta en sentencia de su Sala Plena , en la que se sostuvo que entre contratante y contratista podía existir una relación coordinada para el desarrollo eficiente de la labor encomendada, que incluía el cumplimiento de un horario, el acogimiento de las instrucciones impartidas por los superiores o el reporte de informes sobre resultados, sin que ello significara necesariamente la configuración del elemento subordinación.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Características**

Contrario sensu, se constituye una relación contractual, que se rige por la Ley 80 de 1993, cuando se pacta la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública, caso en el cual el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, recibe el pago de honorarios por los servicios prestados por una labor convenida que no puede realizarse con personal de planta o requiere conocimientos especializados. Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, cabe señalar que se restringe a aquellos casos en los que la entidad pública requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues si contrata por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que de manera permanente se asignan a los demás servidores públicos, se desdibuja la relación contractual.

**CONTRATO REALIDAD -** **Prestaciones sociales - Reconocimiento**

Cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales generadas, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral que se ocultó bajo el manto solapado de un contrato administrativo estatal.

**CONTRATO REALIDAD -** **Prestaciones sociales - Reconocimiento** **- Prescripción**

En cuanto a los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, otrora esta Sección concluyó que no prescriben, debido a que su exigibilidad es imposible antes de que se produzca la sentencia, porque la decisión judicial al declarar la existencia de la relación laboral tiene carácter constitutivo; es decir, que es a partir del fallo que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto no podía operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo. Sin embargo, con el paso del tiempo se determinó que aunque es cierto que es desde la sentencia que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial que no exceda el de la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a tres años (…) Asimismo, dicha providencia aclaró que el fenómeno prescriptivo no opera respecto de los aportes para pensión, teniendo en cuenta la condición periódica del derecho pensional que lo hace imprescriptible.

**CONTRATO REALIDAD - Configuración**

Ahora bien, con base en el tratamiento jurisprudencial que se ha dado al contrato realidad, se concluye en cuanto a su configuración que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva y, en particular, la subordinación y dependencia continuada en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de un servidor público, siempre y cuando la subordinación continuada que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito.

**CONTRATO REALIDAD - Carga de la prueba**

A lo expresado se debe agregar que la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, según el aforismo «onus probandi incumbit actori», dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y a acreditar la presencia real de los elementos anteriormente señalados dentro de la actividad desplegada, especialmente el de subordinación continuada que, como se mencionó, es el que de manera primordial desentraña la existencia de una relación laboral encubierta. (…) Así, se deben revisar en cada caso las condiciones en las cuales se prestaron los servicios, en aras de esclarecer bajo el análisis probatorio pertinente la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva homogeneicen las causas propuestas ante esta jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada asunto.

**CONTRATO REALIDAD - Concepto**

El contrato de trabajo realidad resulta de una relación contractual civil o comercial que el juez declara como una relación laboral, en vista que encuentra configurados los elementos de una relación laboral independientemente de la denominación que las partes hayan dado al contrato pero con base en las pruebas oportunamente aportadas. Tratándose de una presunción legal, que debe ser desvirtuada por el patrono demandado, la prestación personal del servicio junto con las fechas en las cuales se inició y/o terminó la relación contractual, son los elementos que dan vida a la presunción en favor del trabajador.

**CONTRATO REALIDAD- Carga de la prueba** **- No tarifa legal**

En efecto, todos los medios probatorios válidos existentes pueden usarse para tal efecto. Si el trabajador tiene que probar que existió una relación laboral con un empleador persona natural o jurídica lo puede hacer de las siguientes maneras: - Mediante testimonios: Declaración bajo juramento de compañeros y/o ex compañeros de trabajo, de personas conocidas o testigos directos de los hechos, de personas o usuarios que frecuenten el establecimiento o centro de estudios, etc. - Prueba documental: Si no existe o no se puede obtener la prueba reina, que es el contrato escrito o la orden de prestación de servicios, se puede recurrir a papeles o escritos, oficiales o no, como facturas o certificaciones, copias de consignaciones, memorandos o instrucciones escritas, fotografías, etc., que sirven para probar la existencia del contrato o del salario, también están los documentos de pago de nómina, constancias de pago a seguridad social como EPS, Pensión, ARP y parafiscales, algún memorando y constancias de consignaciones bancarias, etc. - Inspección Judicial: El trabajador que demanda y solicita al Juez que realice una Inspección a las instalaciones de la empresa, sede oficial o lugar de cumplimiento de labores y revise libros contables, de nómina, el puesto de trabajo, etc. que permita encontrar información relacionada con los hechos descritos en la demanda.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019).

**Radicación número: 08001-23-33-000-2013-00685-01(2192-15)**

**Actor: LUZ STELLA MARTINEZ GOMEZ**

**Demandado: GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**

**LEY 1437 DE 2011. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.**

 SO. 055

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 16 de marzo de 2015, proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO, que declaró probada la excepción de cobro de lo no debido y negó las pretensiones de la demanda.

###### **1. ANTECEDENTES**

**1.1 La demanda**

La ciudadana LUZ STELLA MARTÍNEZ GOMEZ, por intermedio de apoderado, en ejercicio de medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), solicitó la nulidad del acto administrativo de 8 de abril de 2013 - Rad. 1243 -, suscrito por el secretario de educación del Departamento del Atlántico, respecto de la petición formulada por la demandante a esa entidad pública el 15 de marzo de 2013, con Radicado 2013-PQR5287 (fl. 20), mediante el cual negó las peticiones elevadas, aclaró que ya había atendido similares solicitudes y que no correspondía pago alguno por los conceptos reclamados.

Como restablecimiento del derecho solicitó que se ordene a la entidad demandada que reconozca y pague a la demandante lo correspondiente por concepto de primas, cesantías, intereses a cesantías, subsidio de alimentación, aportes a seguridad social por el período de 19 de junio de 2009 al 4 de septiembre de 2012 y los salarios que corresponden al período comprendido entre 1 de mayo de 2011 al 30 de octubre de 2012 (1 año, 5 meses y 29 días), valores que deben ser debidamente indexados y actualizados y los correspondientes intereses moratorios, según los artículos 187-3, 189 y 192 del CPACA.

**1.2 Fundamentos fácticos.** Los hechosen que se fundan las pretensiones de la demanda, en síntesis, son los siguientes**:**

**Primero:** Al inicio de los años noventa, la señora LUZ STELLA MARTÍNEZ GOMEZ y varios jóvenes inquietos decidieron dar clases a los niños del sector rural de Pueblito Nuevo, en el Municipio de Galapa, con el propósito de ayudar a erradicar el alto índice de analfabetismo del sector, clases que se empezaron a dictar debajo de los árboles del lugar, ante la carencia de una escuela en dicho sector.

**Segundo:** Ante la falta de respuesta positiva por parte de la Alcaldía de Galapa para construir una escuela, decidieron mediante la gestión y el esfuerzo propios y con recursos donados por entidades internacionales y algunos particulares de buena fe, disponer de un lote de terreno y construir una pequeña escuela, proyecto educativo al cual se le denominó FRUTOS DE LA ESPERANZA.

**Tercero:** En el año 1997 el Concejo Municipal de Galapa, mediante Acuerdo 016 del año en cita fijó el perímetro urbano del municipio y ubicó el predio donde funcionaba la incipiente escuela, predio con referencia catastral 001-02-000-0271, donde además se construyó el “monumento a la educación” de propiedad (sic) del Comité Barrio Pueblito Nuevo, declarándolo como predio urbano. Durante los años 1999 y 2000 se adelantaron por parte del municipio de Galapa las gestiones necesarias, de acuerdo a la nueva ley general de educación, para otorgar licencia de funcionamiento a la citada entidad educativa, mediante Resolución 2209 de 1999.

**Cuarto:** Con la promulgación de la Ley 715 de 2001 y de acuerdo a las competencias asignadas a las entidades territoriales en cabeza de gobernadores y alcaldes, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 9 de la citada ley[[1]](#footnote-1), las autoridades decidieron crear la institución educativa de carácter oficial, y lo fusionaron, según dice la demanda, con el colegio María Auxiliadora de Galapa y le asignaron el nombre de “CENTRO EDUCATIVO FRUTOS DE LA ESPERANZA – Preescolar y Primaria” colegio ya declarado como ente oficial, a través de la Ordenanza Departamental 000065 de 19 de junio de 2009[[2]](#footnote-2).

**Quinto:** A partir del 30 de octubre de 2009 y según la Ordenanza 065 de 2009 hasta la fecha los docentes que iniciaron el proyecto educativo Frutos de Esperanza en el barrio Pueblito Nuevo a comienzos de 1990, continuaron laborando con la Gobernación del Atlántico pero ya como docentes del “CENTRO EDUCATIVO FRUTOS DE LA ESPERANZA. Según los hechos descritos por la demandante, consideran que lo anteriormente expuesto significa que su vinculación se realizó antes del 1 de noviembre de 2000 y por tanto se encuentran amparados o protegidos a la luz del artículo 34 de la Ley 715 de 2001[[3]](#footnote-3).

**Sexto:** Mediante Resolución 03905 de 26 de octubre de 2010, la Secretaría Departamental de Educación del Atlántico reconoció y pagó los servicios prestados por los docentes del “CENTRO EDUCATIVO FRUTOS DE LA ESPERANZA” del Municipio de Galapa y canceló a la demandante el valor de $ 8.324.041.oo correspondiente al período entre 30 de octubre de 2009 y 30 de junio de 2010, es decir, 8 meses. Y posteriormente, por Resolución 01746 de 1 de junio de 2011, la Secretaría Departamental de Educación del Atlántico reconoció y pagó los servicios prestados por Luz Stella Martínez Gómez, como docente del “CENTRO EDUCATIVO FRUTOS DE LA ESPERANZA” del Municipio de Galapa el valor de $ 6.772.852.oo correspondiente al período entre 15 de enero al 30 de abril de 2011, es decir, 4 meses, según aparece acreditado con copias informales de las decisiones a folios 48 y ss, y 63 ss.

**Séptimo:** Por Decreto 000351 de 24 de agosto de 2012, el Gobernador del Atlántico efectúo el nombramiento en provisionalidad de la docente Luz Stella Martínez Gómez como profesora de la Institución Educativa JUAN JOSE NIETO, del municipio de Baranoa, utilizando la figura de “traslado por necesidad del servicio”, sin solución de continuidad(fls. 36 a 42).

Desde la expedición de la Ordenanza 065 de junio de 2009, la Secretaría de Educación debe a la demandante los salarios y prestaciones anunciadas en las peticiones, las cuáles se calculan en la suma total de $ 38.084.939.oo, además de las costas y agencias en derecho.

**1.3 Normas violadas y concepto de violación**

En la demanda se citaron como normas vulneradas la Ley 1439 de 2011 (sic) parte primera del Título I. Y los artículos 3, 355 y 357 de la Ley 715 de 2001. Además los artículos 1, 2, 5, 6, 13, 53 y 90 de la Constitución Política.

Como concepto de violación expuso que la Ley 715 de 2001, artículo 3º, destinó una parte del presupuesto oficial según el sistema general de participación, para el sector educativo, los cuales deben ser administrados por las entidades territoriales para destinarlos a administración de las entidades educativas, pago de personal docente y gastos administrativos y mantenimiento de los planteles educativos.

Que según el parágrafo tercero del artículo 9 de la Ley 715 de 2001, los establecimientos públicos del orden nacional que funcionan con recursos del presupuesto de la Nación, serán traspasados junto con los respectivos recursos a las entidades territoriales pero conservaran su autonomía administrativa. Y que el artículo 34 de la norma dispuso que los docentes vinculados con anterioridad al primero de noviembre del año 2000, deberían ser incluidos en las plantas de personal en propiedad, de los respectivos centros educativos.

**1.4 Contestación de la demanda**

El apoderado del ente demandado mediante escrito visible a folios 122 a 127, se opuso a las pretensiones de la demanda e interpuso la excepción de cobro de lo no debido; adujo que sobre los hechos narrados en la demanda no le consta del 1 al 7, 9 y 10; del 8, 13 y 21 tiene como parcialmente ciertos. Da como no ciertos el 11, 18, 19, 20 y 22, y acepta como ciertos del 14 al 17 y el 23. Manifestó que no existen pruebas suficientes sobre la pretendida relación laboral demandada, que no existe contrato realidad por cuanto no se demostró la subordinación. Agregó que la relación entre demandante y demandada no se puede catalogar como vinculación oficial al sector educativo y que dicha vinculación de los docentes está sometida a una normatividad especial, la cual la demandante no cumplió en las fechas reclamadas como objeto de pagos de prestaciones económicas. Que la demandada pagó los salarios correspondientes durante el plazo que justamente era necesario y que no debía nada a la demandante. Presentó como excepción de fondo la de cobro de lo no debido.

**1.5 La sentencia de primera instancia**

El Tribunal Administrativo de Atlántico, en sentencia de 16 de marzo de 2015 negó las pretensiones de la demanda y dio por probada la excepción de cobro de lo no debido (folios 207-219).

Expuso que de las pruebas documentales presentes en el expediente, las cuales son certificaciones de las respectivas entidades educativas sobre prestación del servicio de la docente, no se evidencia la configuración de los elementos esenciales de una relación laboral entre la Gobernación del Atlántico y la demandante, puesto que de los pagos efectuados a la demandante, no se deduce ni evidencia una clara dependencia respecto de la entidad, no obstante la clase de labor desempeñada.

Argumentó el a quo que frente a las formas de vinculación del personal docente al servicio del Estado existe una amplia regulación legal, sometida a constantes cambios normativos introducidos principalmente en el Decreto 2277 de 1979, Ley 60 de 1993, Ley 115 de 1994, Ley 715 de 2001 y Decreto 1278 de 2002, lo cual ha generado contradicciones e imprecisiones interpretativas, fácticas y de fuentes del derecho.

Que el artículo 125 de la C.P. de 1991 señaló el mecanismo idóneo para acceder a los empleos por sistema de carrera administrativa y el Decreto 2277 de 1979 señaló el régimen administrativo especial de la carrera docente y señaló en sus artículos 5º y 27 las clases de nombramientos y requisitos exigidos para acceder a dichos cargos. Que con la expedición de la Ley 115 de 1994, el Decreto 2150 de 1995 y la sentencia C-493 de 1994, sobre inexequibilidad del artículo 11 de la Ley 344 de 1996, quedó claramente determinada la forma de vinculación de los docentes oficiales a la carrera docente.

Consideró el a quo que el hecho que el establecimiento educativo tuviese licencia de funcionamiento por parte de la Secretaría de Educación del departamento no implica por ese solo hecho que la demandante prestara sus servicios de manera personal, subordinada y remunerada, por cuanto ello es distinto a la oficialización de un establecimiento educativo. Que el establecimiento educativo solamente hasta el 30 de octubre de 2009, mediante Resolución 07496, se expidió la licencia de funcionamiento del recién creado el establecimiento educativo y que para acceder a las súplicas de la demandante se deberían acreditar los tres elementos propios de la relación laboral, sin embargo es evidente la precariedad de los elementos probatorios en tal aspecto, ya que no se permite conocer las claridades mínimas y esenciales de toda relación laboral, sobre todo del elemento de la subordinación.

Que según certificación expedida por la entidad demandada y decretada como prueba en la respectiva audiencia, en el período comprendido entre 1 de mayo de 2011 y 30 de octubre de 2012, no es susceptible de reconocer como laborado, por cuanto en ese lapso no se encontraba vinculada (fls. 193-194)

Concluyó que el acto administrativo acusado no había sido desvirtuado ni probada ninguna causal de nulidad del mismo, y consideró que por el contrario debía declararse probada la excepción de cobro de lo no debido por cuanto la demandada había acreditado unos pagos que corresponden a servicios prestados por los docentes del “Centro Educativo Frutos de la Esperanza”.

**1.6 Fundamento del recurso de apelación de la parte demandada.**

El apoderado de la demandada[[4]](#footnote-4) interpuso recurso de apelación contra el anterior fallo, con fundamento en los argumentos que se resumen a continuación[[5]](#footnote-5):

Que el *a quo* no tuvo en los períodos realmente laborados y reclamados como prestaciones que se deben, que no concuerda dicha argumentación con la fijación del litigio, que la distinción conceptual que desarrolla la sentencia sobre la aprobación de licencia de funcionamiento y la oficialización de un establecimiento, no afecta la reclamación efectuada. Que al oficiarse la institución educativa mediante Ordenanza 065 de 2009, es que se da inició a la relación subordinada de la docente.

Considera la demandante como pruebas suficientes de la relación laboral las resoluciones de reconocimiento y orden de pago de servicios prestados por los docentes en las Resoluciones 0348 de 2010, 03905 de 2010 y 01746 de 2011, y que existen unos saldos insolutos que son los que se reclaman.

**1.7** Por auto de 4 de agosto de 2015 se admitió el recurso de apelación y se ordenó su trámite. (fl. 237).

Y mediante auto de 24 de octubre de 2016 se corrió traslado para alegar de conclusión a las partes y al Ministerio Público. (fl. 244).

Según informe de secretaría de 27 de enero de 2017, obrante a folio 255, las partes alegaron de conclusión y el Ministerio Público guardó silencio.

# 2. CONSIDERACIONES

De acuerdo a los hechos narrados por la demandante, se advierte que prestó sus servicios de manera personal desde 1990, cuando iniciaron el proyecto educativo Frutos de Esperanza en el sector rural de Pueblo Nuevo, municipio de Galapa, que a partir del 30 de octubre de 2009 y según la Ordenanza 065 de 2009 hasta la fecha los docentes que iniciaron el proyecto educativo Frutos de Esperanza en el barrio Pueblito Nuevo, continuaron laborando con la Gobernación del Atlántico pero ya como docentes del “CENTRO EDUCATIVO FRUTOS DE LA ESPERANZA. Que según los hechos descritos por la demandante, consideran que lo anteriormente expuesto significa que su vinculación se realizó antes del 1 de noviembre de 2000 y por tanto se encuentran amparados o protegidos a la luz del artículo 34 de la Ley 715 de 2001[[6]](#footnote-6).

Expuso la demandante que mediante Resolución 03905 de 26 de octubre de 2010, la Secretaría Departamental de Educación del Atlántico reconoció y pagó los servicios prestados por los docentes del “CENTRO EDUCATIVO FRUTOS DE LA ESPERANZA” del Municipio de Galapa y canceló a la señora Martínez Gómez el valor de $ 8.324.041.oo correspondiente al período laborado entre 30 de octubre de 2009 y 30 de junio de 2010, es decir, 8 meses. Y posteriormente, por Resolución 01746 de 1 de junio de 2011, reconoció y pagó los servicios prestados por Luz Stella Martínez Gómez, como docente del “CENTRO EDUCATIVO FRUTOS DE LA ESPERANZA” del Municipio de Galapa el valor de $ 6.772.852.oo, correspondiente al período laborado entre 15 de enero al 30 de abril de 2011, es decir, 4 meses, según aparece acreditado con copias informales de las decisiones a folios 48 y ss, y 63 ss., señaló que estas pruebas son suficientes para demostrar el reconocimiento implícito de una relación laboral.

**2.1 Problema jurídico**

En el presente asunto se trata de verificar si entre la demandante y la Gobernación del Atlántico, Secretaría de Educación del departamento, se configuró una verdadera relación laboral a pesar de su vinculación precaria y sin que se demuestre la existencia de órdenes de prestación de servicios -OPS- o contratos de prestación de servicios y, en caso afirmativo, si tiene derecho al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones en igualdad de condiciones a los servidores docentes de planta.

El Despacho parte de la base indiscutible, que tanto la parte demandante como la demandada, conocen perfectamente los hechos de la demanda, como quiera que están contenidos en ella y la contestación de la misma, aceptando unos y oponiéndose a otros de manera total o parcial. En consecuencia, lo que convierte en motivo de debate en el presente asunto, es, en primer lugar, establecer si es nulo o no el acto administrativo por medio del cual el Secretario de Educación del Atlántico niega a la actora el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales solicitadas.

En caso de ser afirmativa la premisa anterior, se deberá establecer si existió una relación laboral entre 19 de junio de 2009 y 4 de septiembre de 2012, entre la señora Luz Stella Martínez Gómez y la Gobernación el Atlántico sin solución de continuidad; y como consecuencia de ello, si la hoy demandante tiene derecho a que se le paguen las prestaciones sociales y reconozcan los demás derechos laborales generados en igualdad de condiciones a los que devengan los demás empleados públicos de la entidad.

Para dilucidar la cuestión litigiosa, se verificará el desarrollo legal y jurisprudencial en torno a la figura del contrato realidad, para luego del análisis del acervo probatorio definir si en el caso concreto se reunieron los requerimientos exigidos para la existencia de una relación laboral, todo ello enmarcado dentro de lo que se alegó en el recurso de apelación.

**2.2 Del contrato realidad**

La Corte Constitucional al examinar la exequibilidad del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, determinó la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público y al definir sus características y diferencias con el contrato de trabajo señaló que el ejercicio de tal potestad se ajusta a la Carta Política, siempre y cuando la administración no lo utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal, subordinada y dependiente[[7]](#footnote-7).

Por su parte, esta Corporación en varias decisiones[[8]](#footnote-8) ha reiterado la necesidad de que, cuando se trata de una relación laboral, se acrediten fehacientemente los tres elementos que le son propios, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración y, en especial, la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador en forma continuada.

Tal posición se complementa con la expuesta en sentencia de su Sala Plena[[9]](#footnote-9), en la que se sostuvo que entre contratante y contratista podía existir una relación coordinada para el desarrollo eficiente de la labor encomendada, que incluía el cumplimiento de un horario, el acogimiento de las instrucciones impartidas por los superiores o el reporte de informes sobre resultados, sin que ello significara necesariamente la configuración del elemento subordinación.

En la actualidad se tiene que para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar los tres elementos referidos, especialmente que el contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia continuada que sujetan a un servidor público.

*Contrario sensu*, se constituye una relación contractual, que se rige por la Ley 80 de 1993, cuando se pacta la prestación de servicios relacionados con laadministración o funcionamiento de la entidad pública, caso en el cual el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, recibe el pago de honorarios por los servicios prestados por una labor convenida que no puede realizarse con personal de planta o requiere conocimientos especializados.

Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, cabe señalar que se restringe a aquellos casos en los que la entidad pública requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues si contrata por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que de manera permanente se asignan a los demás servidores públicos, se desdibuja la relación contractual.

Cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales generadas, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral que se ocultó bajo el manto solapado de un contrato administrativo estatal.

Ello en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados respectivamente en los artículos 13 y 53 de la Carta Fundamental. De tal manera se superó esa prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados[[10]](#footnote-10).

Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia de 25 de agosto de 2016, unificó su jurisprudencia y señaló que el pago de las prestaciones que se reconocen como consecuencia de la nulidad del acto administrativo que negó la existencia de la relación laboral, procede a título de restablecimiento del derecho y no como reparación integral del daño. Al efecto, expresó lo siguiente:

«Frente al anterior panorama jurisprudencial, resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso-administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal, para lo cual ha de advertirse que el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial, es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad.

Por consiguiente, **no resulta procedente condenar a la agencia estatal demandada al pago de las prestaciones a las que tenía derecho el contratista-trabajador a título de reparación integral de perjuicios, dado que estas se reconocen como efecto de la anulación del acto que las negó**, pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, esto es, a pesar de tener una remuneración constituida por los honorarios pactados, le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo»[[11]](#footnote-11)

En cuanto a los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, otrora esta Sección concluyó que no prescriben, debido a que su exigibilidad es imposible antes de que se produzca la sentencia, porque la decisión judicial al declarar la existencia de la relación laboral tiene carácter constitutivo; es decir, que es a partir del fallo que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto no podía operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo[[12]](#footnote-12).

Sin embargo, con el paso del tiempo se determinó que aunque es cierto que es desde la sentencia que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial que no exceda el de la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a tres años[[13]](#footnote-13).

De igual manera, sobre este punto referido a la prescripción del derecho reclamado en el marco de un contrato realidad, la Sección Segunda de esta Corporación, en la referida sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, señaló:

«Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la *“…primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales*” (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios.»

Asimismo, dicha providencia aclaró que el fenómeno prescriptivo no opera respecto de los aportes para pensión, teniendo en cuenta la condición periódica del derecho pensional que lo hace imprescriptible.

Ahora bien, con base en el tratamiento jurisprudencial que se ha dado al contrato realidad, se concluye en cuanto a su configuración que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva y, en particular, la subordinación y dependencia continuada en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de un servidor público, siempre y cuando la subordinación continuada que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito[[14]](#footnote-14).

A lo expresado se debe agregar que la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, según el aforismo *«onus probandi incumbit actori»*, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y a acreditar la presencia real de los elementos anteriormente señalados dentro de la actividad desplegada, especialmente el de subordinación continuada que, como se mencionó, es el que de manera primordial desentraña la existencia de una relación laboral encubierta.

Así, se deben revisar en cada caso las condiciones en las cuales se prestaron los servicios, en aras de esclarecer bajo el análisis probatorio pertinente la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva homogeneicen las causas propuestas ante esta jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada asunto.

Atendiendo a lo anteriormente precisado se procederá a efectuar el examen probatorio correspondiente.

**2.3 De lo acreditado en el proceso**

Aparece demostrado en el expediente que la demandante no estuvo vinculada al servicio de la secretaría de educación departamental solo a partir de su nombramiento en provisionalidad en el año 2012, pero no antes.

Asimismo, aparecen además las certificaciones (fls. 74-79) que indican que si bien la docente hizo parte del grupo de voluntarios que espontáneamente y por iniciativa individual iniciaron un proyecto educativo en una comunidad rural, su vinculación oficial como docentes a cargo del Departamento del Atlántico solo se vino a definir en el año 2012.

**2.4 Del caso concreto**

**Extremos temporales de la relación en el *sub lite***

En primer término, observa la Corporación que el *a quo* negó la existencia de una relación laboral entre la señora Martínez Gómez y la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, por carencia total de pruebas y no existir fundamentos legales para establecer qué tipo de relación era la reclamada por la accionante.

Considera la Sala que de acuerdo con los elementos probatorios incorporados al proceso, aunque se advierte la prestación de servicios docentes, no está probado que correspondan a los períodos reclamados como adeudados en la entidad demandada entre los años 2010 y 2011.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo carece de facultad legal para proferir fallos ultra o extra *petita*, por su carácter de rogada. Motivo por el cual únicamente podía pronunciarse respecto de los derechos reclamados por la demandante frente a la administración, es decir, aquellos que se hubieren causado hasta la fecha de presentación de la «solicitud de reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales», radicada ante la demandada el 15 de marzo de 2013[[15]](#footnote-15).

Y de otra, teniendo en cuenta que no existen pruebas acerca de los elementos de prestación personal del servicio antes de dicha fecha, de la subordinación y del cumplimiento de horarios, ni de pagos por dichos conceptos, salvo los relacionados y aceptados por la demandada como reconocimiento de pagos por servicios prestados como docentes y por necesidad del servicio durante los años 2010 y 2011, según resoluciones 03482 de 2010 y 01746 de 2011, pero no se establece claramente a que prestaciones o reclamaciones corresponden dichos pagos.

En consecuencia, no se encuentran demostrados en el *sub examine* los elementos del contrato de trabajo, la relación laboral únicamente podría reconocerse en los periodos efectivamente demostrados a través de las órdenes de prestación de servicios o contratos escritos y reclamados en tiempo, lo que no se cumple en el presente caso.

El contrato de trabajo realidad resulta de una relación contractual civil o comercial que el juez declara como una relación laboral, en vista que encuentra configurados los elementos de una relación laboral independientemente de la denominación que las partes hayan dado al contrato pero con base en las pruebas oportunamente aportadas. Tratándose de una presunción legal, que debe ser desvirtuada por el patrono demandado, la prestación personal del servicio junto con las fechas en las cuales se inició y/o terminó la relación contractual, son los elementos que dan vida a la presunción en favor del trabajador.

La Sala insiste en que la presunción legal del artículo 24 del CST admite prueba en contrario y, para el caso bajo análisis no existen ni testimonios ni prueba otra alguna que permita verificar los hechos expuestos, y los documentos anexos condujeron a dejar sin piso la presunción, pues la situación fáctica comprobada hizo evidente la autonomía del trabajador en la prestación del servicio. Al juez le corresponde decidir conforme a las pruebas allegadas a su despacho por cada una de las partes.

La subordinación y dependencia continuada, como lo expresó la Corte Constitucional en sentencia C-386 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell, se debe entender el elemento esencial y configurativo de la relación laboral, según el cual el empleador, en ejercicio de su potestad de dirección, puede exigir a sus empleados el acatamiento de órdenes e instrucciones sobre el modo y la cantidad de trabajo, el cumplimiento de horarios para el desarrollo de este, y la imposición de los reglamentos internos, en cualquier momento, respetando la dignidad del trabajador y sus derechos mínimos constitucionales y laborales. En la demanda descrita nada se aclaró respecto de este tema.

Evidentemente, la demanda no especifica ni prueba temas de horarios, ni como se desarrollaba la supuesta relación laboral en términos de la subordinación y cumplimiento de órdenes o coordinación de actividades académicas, tampoco si percibió honorarios o salarios y durante que períodos, o si los recibido como pagos por servicios prestados mediante resoluciones 03482 de 2010 y 01746 de 2011 corresponden o no a dichos conceptos, por cuanto la demandada afirma, con base en dichos pagos, que se configura la excepción de cobro de lo no debido.

No debe olvidarse que existen diferentes medios para probar la celebración o desarrollo de un Contrato de Trabajo Verbal. En efecto, todos los medios probatorios **válidos** existentes pueden usarse para tal efecto. Si el trabajador tiene que probar que existió una relación laboral con un empleador persona natural o jurídica lo puede hacer de las siguientes maneras:

**- Mediante testimonios**: Declaración bajo juramento de compañeros y/o ex compañeros de trabajo, de personas conocidas o testigos directos de los hechos, de personas o usuarios que frecuenten el establecimiento o centro de estudios, etc.

**- Prueba documental**: Si no existe o no se puede obtener la prueba reina, que es el contrato escrito o la orden de prestación de servicios, se puede recurrir a papeles o escritos, oficiales o no, como facturas o certificaciones, copias de consignaciones, memorandos o instrucciones escritas, fotografías, etc., que sirven para probar la existencia del contrato o del salario, también están los documentos de pago de nómina, constancias de pago a seguridad social como EPS, Pensión, ARP y parafiscales, algún memorando y constancias de consignaciones bancarias, etc.

**- Inspección Judicial**: El trabajador que demanda y solicita al Juez que realice una Inspección a las instalaciones de la empresa, sede oficial o lugar de cumplimiento de labores y revise libros contables, de nómina, el puesto de trabajo, etc. que permita encontrar información relacionada con los hechos descritos en la demanda.

**DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.**

De acuerdo con las razones que anteceden, esta Subsección confirmará la sentencia de primera instancia, por cuanto el apelante no logró desvirtuar la legalidad del acto administrativo acusado ni tampoco demostrar la relación laboral desarrollada.

**De la condena en costas**

Esta Subsección en providencia con ponencia del suscrito ponente[[16]](#footnote-16) sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA; en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

1. El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio *«subjetivo» –CCA-* a uno *«objetivo valorativo» –CPACA*-.
2. Se concluye que es *«objetivo»* porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
3. Sin embargo, se le califica de *«valorativo»* porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
4. La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la
5. participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
6. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
7. La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP[[17]](#footnote-17), previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
8. Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso la Corporación se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con el numeral 5 del artículo 365 del CGP, por cuanto no se demostró la causación de éstas en la segunda instancia judicial.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**F A L L A**

**PRIMERO: CONFÍRMASE** la sentencia de 16 de marzo de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico que negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la señora LUZ STELLA MARTÍNEZ GOMEZ, identificada con c.c.32.840.056 contra la Gobernación del Departamento del Atlántico – Secretaría de Educación.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en la segunda instancia.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen previas las anotaciones pertinentes en el programa Justicia Siglo XXI.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

 **RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

1. Artículo 9°. Instituciones educativas. Institución educativa es un conjunto de personas y bienes promovida por las autoridades públicas o por particulares, cuya finalidad será prestar un año de educación preescolar y nueve grados de educación básica como mínimo, y la media. Las que no ofrecen la totalidad de dichos grados se denominarán centros educativos y deberán asociarse con otras instituciones con el fin de ofrecer el ciclo de educación básica completa a los estudiantes. Deberán contar con licencia de funcionamiento o reconocimiento de carácter oficial, disponer de la infraestructura administrativa, soportes pedagógicos, planta física y medios educativos adecuados. Las instituciones educativas combinarán los recursos para brindar una educación de calidad, la evaluación permanente, el mejoramiento continuo del servicio educativo y los resultados del aprendizaje, en el marco de su Programa Educativo Institucional. Las instituciones educativas estatales son departamentales, distritales o municipales. Parágrafo 1°. Por motivos de utilidad pública o interés social, las instituciones educativas departamentales que funcionen en los distritos o municipios certificados serán administradas por los distritos y municipios certificados. Por iguales motivos se podrán expropiar bienes inmuebles educativos, de conformidad con la Constitución y la ley. Durante el traspaso de la administración deberá garantizarse la continuidad en la prestación del servicio educativo. Para el perfeccionamiento de lo anterior se suscribirá un convenio interadministrativo entre las entidades territoriales. Parágrafo 2°. Las deudas por servicios públicos de las instituciones educativas cuya administración se traspase de los departamentos a los distritos y municipios certificados, causadas con anterioridad a la fecha del traspaso, serán pagadas por los departamentos. Parágrafo 3°. Los Establecimientos Públicos educativos del orden nacional que funcionan con recursos del presupuesto nacional, serán traspasados con los recursos a las respectivas entidades territoriales, conservando su autonomía administrativa. Parágrafo 4°. Habrá una sola administración cuando en una misma planta física operen más de una jornada. También podrá designarse una sola administración para varias plantas físicas, de conformidad con el reglamento. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 36-37 [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículo 34. Incorporación a las plantas. Durante el último año de que trata el artículo 37 de esta ley, se establecerán las plantas de cargos docentes, directivos y administrativos de los planteles educativos, de los departamentos, distritos y municipios. Establecidas las plantas, los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos, que fueron nombrados con el lleno de los requisitos, mantendrán su vinculación sin solución de continuidad. Los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que a 1° de noviembre de 2000 se encontraban contratados por órdenes de prestación de servicios, que sean vinculados de manera provisional, deberán cumplir los requisitos de la carrera docente y administrativa para su incorporación definitiva a las plantas que se establezcan.

Artículo 37. Organización de plantas. Las plantas de cargos docentes y de los administrativos de las instituciones educativas serán organizadas conjuntamente por la Nación, departamentos, distritos y municipios, en un período máximo de dos años, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la presente ley. [↑](#footnote-ref-3)
4. Hospital San José de San Bernardo del Viento-Córdoba [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 373-374 [↑](#footnote-ref-5)
6. Artículo 34. Incorporación a las plantas. Durante el último año de que trata el artículo 37 de esta ley, se establecerán las plantas de cargos docentes, directivos y administrativos de los planteles educativos, de los departamentos, distritos y municipios. Establecidas las plantas, los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos, que fueron nombrados con el lleno de los requisitos, mantendrán su vinculación sin solución de continuidad. Los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que a 1° de noviembre de 2000 se encontraban contratados por órdenes de prestación de servicios, que sean vinculados de manera provisional, deberán cumplir los requisitos de la carrera docente y administrativa para su incorporación definitiva a las plantas que se establezcan.

Artículo 37. Organización de plantas. Las plantas de cargos docentes y de los administrativos de las instituciones educativas serán organizadas conjuntamente por la Nación, departamentos, distritos y municipios, en un período máximo de dos años, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la presente ley. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997. Magistrado ponente Hernando Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-7)
8. Entre otras, sentencia de 23 de junio de 2005. Expediente 0245-2003. Consejero ponente Jesús María Lemos Bustamante. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de 18 de noviembre de 2003. Radicación IJ-0039. Consejero ponente Nicolás Pájaro Peñaranda. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección A. Sentencia de 17 de abril de 2008. Radicación 2776-05. Consejero ponente Jaime Moreno García; Sentencia de 17 de abril de 2008. Radicación 1694-07. Consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de Unificación de 25 de agosto de 2016. Radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01. [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente 2152-06. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente 131-13. Consejero ponente Luis Rafael Vergara Quintero.

 [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Expediente 3074-2005. Consejera ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez. [↑](#footnote-ref-14)
15. Ver folio 20. [↑](#footnote-ref-15)
16. Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi. [↑](#footnote-ref-16)
17. «**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: […]» [↑](#footnote-ref-17)