**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Presunción iuris tantum – Presunción de ley**

Ahora bien, en materia de presunciones, el ordenamiento jurídico colombiano permite dos tipos de esta: la presunción iure et de iure o de pleno derecho, y la presunción iuris tantum o de ley. La primera es excepcional, determinada expresamente por la ley y tiene como principal característica que no admite prueba en contrario. Por su parte, la segunda sí admite prueba en contra, es decir, permite ser controvertida y desvirtuada…En ese sentido, debe entenderse que el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 contiene una presunción iuris tantum o de ley, motivo por el cual el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado, así como la relación laboral que se oculta a través de este sí puede ser demostrada.

**CONTRATO REALIDAD – Carga Probatoria**

De acuerdo con lo anterior, precisa esta Subsección que quien pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral escondida bajo la modalidad de contratación por prestación de servicios, tiene el deber de demostrar, a través de los medios probatorios a su disposición, la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Carácter Excepcional**

De acuerdo con lo anterior, debe advertirse que la vinculación por contrato de prestación de servicios es de carácter excepcional, a través de la cual no pueden desempeñarse funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren previstas en la ley o el reglamento para un empleo público.

**RELACIÓN LABORAL – Elementos constitutivos**

En el anterior hilo argumentativo, para la jurisprudencia, el contrato de prestación de servicios se desconfigura cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: **i)** la prestación de servicio es personal; **ii)** bajo subordinación continuada; y **iii)** remunerada.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Prestaciones sociales**

En dicho caso, el derecho al pago de las prestaciones sociales surge a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, lo que se ha denominado como contrato realidad.

**CONTRATO REALIDAD – Subordinación o dependencia – Noción**

Colofón de lo expuesto, como subordinación y dependencia continuada 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.

**CONTRATO REALIDAD – Subordinación**

Este elemento esencial del contrato de trabajo, según el artículo 23 del CST, es considerado como el determinante para distinguir la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, y que faculta al empleador para exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al tiempo, modo o cantidad de labores, así como para imponerle reglamentos y el poder disciplinario, teniendo en cuenta para ello, los límites constitucionales que imponen el respeto a la dignidad humana del trabajador y sus derechos mínimos, es decir, bajo criterios de razonabilidad y sin arbitrariedad. De acuerdo con lo anterior, la subordinación parte del poder de dirección respecto a las actividades de trabajo y como potestad disciplinaria del empleador para conservar el orden en la empresa, pero únicamente en lo atinente al ámbito laboral.

**CONTRATO REALIDAD – Plazo de reclamación**

Pese a que la jurisprudencia reconoce que la sentencia declarativa del contrato realidad es constitutiva del derecho, quien depreque dicha relación laboral no puede exonerarse de su deber de reclamar el derecho dentro de los tres años siguientes a la finalización del vínculo contractual, pero respecto a los aportes pensionales dicho término no aplica.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

Bogotá D.C., siete (7) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

**Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00050-01(1516-16)**

**Actor: ALEXANDER BUSTILLO MARMOLEJO**

**Demandado: MUNICIPIO DE MALAMBO**

**Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho**

**Ley 1437 de 2011**

**Sentencia O-211-2018**

**ASUNTO**

La Subsección decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 1.º de febrero de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico que negó las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró el señor Alexander Bustillo Marmolejo contra el municipio de Malambo.

**LA DEMANDA**[[1]](#footnote-1)

El señor Alexander Bustillo Marmolejo, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, demandó al municipio de Malambo.

**Pretensiones**[[2]](#footnote-2):

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio O.A.J-035-13, del 24 de enero de 2013, por medio del cual se dio respuesta sobre el «agotamiento de la vía gubernativa».

A título de restablecimiento del derecho solicitó lo siguiente:

1. Que como consecuencia de la anterior declaración se «[…] decrete el contrato de trabajo realidad […]», se ordene el reintegro del demandante y el pago de las prestaciones sociales, cesantías, salarios dejados de percibir, la sanción moratoria de ley y los demás derechos desde el inicio de su relación laboral y hasta que se verifique el pago total de estas.

**Fundamentos fácticos relevantes[[3]](#footnote-3):**

1. El señor Alexander Bustillo Marmolejo prestó sus servicios personales al municipio de Malambo bajo contratos sucesivos para desarrollar la actividad de auxiliar de servicios generales, que es de carácter permanente y sin solución de continuidad, esto es, entre el 1.º de abril de 2002 y hasta el 31 de diciembre de 2009.
2. Las labores contratadas eran ejecutadas en un horario de 8:00 a.m. a 12:00 m., y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m. Además, sostuvo que en el último contrato suscrito se pactó el pago de honorarios por valor de $750.000 mensuales.
3. Agregó que tenía un superior inmediato, este es, el secretario administrativo del municipio de Malambo; sus labores consistían en el mantenimiento de las instalaciones y dependencias del ente territorial; sin autonomía y con los elementos e insumos suministrados por la entidad contratante.

**DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL[[4]](#footnote-4)**

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.[[5]](#footnote-5)

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

**Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)**

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo[[6]](#footnote-6).

En el presente caso a folio 154 se advierte que, en la etapa de excepciones previas, el tribunal indicó lo siguiente:

«[…] Ha señalado de manera expresa el numeral sexto que se resolverán sobre las excepciones previas y as de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.

Como viene de verse en este caso la entidad demandada no contestó. Por lo que no hay excepciones que resolver en esta etapa […]»

La decisión fue notificada en estrados. No se interpusieron recursos.

**Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)**

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo», porque es guía y ajuste de esta última.[[7]](#footnote-7)

A folios 154 a 155, el Tribunal se pronunció frente al problema jurídico así:

«[…] Revisados los hechos expuestos en la demanda y lo manifestado por la entidad demandada con respecto a los mismos, el Despacho considera que el interrogante jurídico a ser debatido en el presente proceso y que constituye la fijación del litigio es el siguiente:

*¿Le asiste al señor ALEXANDER BUSTILLO MARMOLEJO el derecho hacer reintegrado en el cargo que venía ocupando en la Alcaldía del Municipio de Malambo, y además el reconocimiento y pago de las prestaciones dejadas de percibir con ocasión del vínculo que mantuvo con la entidad demandada?*

*En este interrogante planteado se estudiará todo lo referente a las características del contrato de prestación de servicios versus los elementos del contrato de trabajo; el material probatorio acreditado en el proceso.* […]» (Mayúscula y cursiva del original)

Las partes manifestaron estar de acuerdo con la fijación del litigio planteada por la magistrada sustanciadora.

**SENTENCIA APELADA[[8]](#footnote-8)**

El Tribunal Administrativo del Atlántico, en sentencia escrita del 1.º de febrero de 2016, ordenó:

«[…] **PRIMERO: Deniéguense** las súplicas de la demanda. […]» (Mayúscula y negrita del original)

La anterior decisión la profirió con fundamento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el tribunal hizo alusión al principio de la carga de la prueba contenido en el artículo 167 del CGP, para sostener que, cuando se trata del contrato realidad, dicha carga le corresponde a quien alega la existencia de la relación laboral.

De acuerdo con lo anterior, sostuvo que en el *sub examine* se constató la prestación de servicios a través de los diferentes contratos allegados por la parte demandante y confirmar que este estuvo vinculado con el municipio de Malambo entre el 1.º de abril de 2002 y el 31 de diciembre de 2009.

Frente al elemento de la subordinación y dependencia continuada, el *a quo* consideró que los medios probatorios obrantes en el expediente eran insuficientes para demostrar la existencia de la relación de trabajo. Ello con sustentó en que los CPS «[…] no tenían otro objeto que el de para prestar servicios de Auxiliar de Servicios Generales […]» en Malambo, lo cual es permitido cuando sea para cumplir con la misión institucional y no se pueda suplir con el personal de planta.

Al respecto señaló que entre las partes existió una relación de coordinación, en tanto que el contratista se sometió a las condiciones necesarias para el desarrollo de las actividades, lo que incluye el cumplimiento de un horario o de instrucciones, sin que ello signifique necesariamente la configuración del elemento de subordinación.

Además, agregó el tribunal que no se acreditó que al demandante se le hubiesen remitido órdenes e instrucciones por medio de memorandos, y que en caso de que así hubiere ocurrido, argumentó, estas habrían estado «[…] orientadas a recordar las obligaciones adquiridas por el contratista al momento de suscribir el referido contrato […]».

Así mismo, adujo que el cumplimiento de un horario se constituía en un «[…] elemento necesario para el cumplimiento de la finalidad propuesta con la ejecución del objeto contractual […]»; y también señaló que no se podía equiparar la labor ejecutada con la desarrollada por los servidores públicos de planta, porque estos están obligados al cumplimiento de los reglamentos, el manual de funciones, el acatamiento de instrucciones de sus superiores o el obedecimiento de circulares, memorandos u otras.

En consecuencia, concluyó que las pruebas allegadas al proceso no permitían demostrar que los contratos de prestación de servicios mutaran su naturaleza contractual a una relación laboral.

**RECURSO DE APELACIÓN[[9]](#footnote-9)**

El señor Alexander Bustillo Marmolejo manifestó su inconformidad frente a la sentencia de primera instancia y expuso los siguientes argumentos:

Para el apelante, el Tribunal Administrativo del Atlántico premió la negligencia y desatención del municipio de Malambo pues este no contestó la demanda, ni atendió los requerimientos del *a quo*, ni presentó alegatos de conclusión, es decir, que a pesar de habérsele dado todas las garantías, el demandando no realizó ninguna actuación en el proceso.

Agregó que la parte demandada no aportó las pruebas pese al requerimiento del tribunal, y que además no tomó medida alguna frente a su incumplimiento.

Señaló que pese a que el *a quo* hizo referencia a la sentencia C-154 de 1997 para sustentar el fallo absolutorio, cuando de la interpretación de esta «[…] se extrae por completo la argumentación para que se hubiese condenado al demandado, en consideración a que ella contiene todos los elementos jurídicos y los parámetros legales para determinar cuando estamos frente a una verdadera relación de carácter laboral y no de contrato estatal bajo el rigor de la Ley 80 de 1993. […]».

También sostuvo que, por tratarse de una solicitud de declaratoria del contrato de trabajo, se invertía la carga de la prueba y reiteró que la entidad demandada no contestó la demanda, ni allegó los antecedentes administrativos, ni alegó de conclusión.

El demandante manifestó que ejerció un oficio, no una profesión técnica ni científica; asimismo que desempeñaba una labor de servicios generales y que hacía lo que le ordenaban; «[…] no tenía autonomía administrativa ni financiera […]» y reiteró su posición respecto a la aplicación de la sentencia C-154 de 1997.

Finalmente, sostuvo que debía tenerse en cuenta que la sentencia C-665 de 1997, que declaró inexequible el numeral 2 del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo e invirtió la carga de la prueba respecto a los elementos del contrato de trabajo, por lo que correspondía al municipio demostrar que dicha relación contractual laboral no se había presentado.

**ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**Parte demandante[[10]](#footnote-10):** El demandante se ratificó en los razonamientos expuestos en el recurso de apelación y solicitó tener en cuenta como precedente la sentencia del 6 de marzo de 2008 proferida en el proceso con radicación interna 2151-2006.

Tanto la parte demandada como el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal según constancia secretarial visible a folio 275 del expediente.

**CONSIDERACIONES**

**Competencia**

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[[11]](#footnote-11), el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto:

De igual forma, acorde con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso[[12]](#footnote-12), el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los planteamientos expuestos en el recurso de apelación.

**Problemas jurídicos**:

En ese orden, los problemas jurídicos que deben resolverse se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿En el caso del señor Alexander Bustillo Marmolejo, a quién correspondía demostrar la existencia de los elementos constitutivos de una relación laboral encubierta a través de contratos u órdenes de prestación de servicios?
2. ¿En el *sub examine* se demostró la configuración de los elementos de la relación laboral?

En caso afirmativo,

1. ¿En el *sub lite*, hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción extintiva del derecho, frente a algunos o todos los periodos en los cuales estuvo vinculado el señor Alexander Bustillo Marmolejo y cómo debe restablecerse el derecho de la demandante frente a los aportes a pensión?

**Primer problema jurídico**

¿En el caso del señor Alexander Bustillo Marmolejo, a quién correspondía demostrar la existencia de los elementos constitutivos de una relación laboral encubierta a través de contratos u órdenes de prestación de servicios?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: quien pretende que se declare la existencia de un contrato realidad tiene la carga de demostrar los elementos constitutivos de la relación laboral, motivo por el cual ésta le correspondía a la parte demandante. Lo anterior se sustenta en las siguientes razones:

La vinculación por contratos de prestación de servicios se rige por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993[[13]](#footnote-13). El artículo mencionado prevé expresamente que, en ningún caso, dicho tipo de contratos «[…] generan relación laboral ni prestaciones sociales […]»

De acuerdo con el aparte transcrito del artículo 32 *ejusdem*, debe entenderse que el legislador reglamentó en dicha norma una presunción según la cual, la celebración de contratos de prestación de servicios no genera en ningún caso una relación laboral entre contratante y contratista o el derecho al pago de prestaciones sociales en favor de este último.

Ahora bien, en materia de presunciones, el ordenamiento jurídico colombiano permite dos tipos de esta: la presunción *iure et de iure* o de pleno derecho, y la presunción *iuris tantum* o de ley.

La primera es excepcional, determinada expresamente por la ley y tiene como principal característica que no admite prueba en contrario. Por su parte, la segunda sí admite prueba en contra, es decir, permite ser controvertida y desvirtuada.

Bajo ese supuesto, el artículo 166 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, regula:

«**Artículo 166. Presunciones establecidas por la ley.** Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados.

El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.»

En ese sentido, debe entenderse que el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 contiene una presunción *iuris tantum* o de ley, motivo por el cual el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado, así como la relación laboral que se oculta a través de este sí puede ser demostrada.

De acuerdo con lo anterior, precisa esta Subsección que quien pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral escondida bajo la modalidad de contratación por prestación de servicios, tiene el deber de demostrar, a través de los medios probatorios a su disposición, la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

**En conclusión:** la carga de demostrar que una relación laboral se escondió a través de contratos de prestación de servicios, corresponde a la parte demandante.

**Segundo problema jurídico**

¿En el *sub examine* se demostró la configuración de los elementos de la relación laboral?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: en el caso concreto solo se logró demostrar parcialmente la configuración de la relación laboral, especialmente de la subordinación o dependencia continuada, carga probatoria que le incumbía a la parte interesada en la declaratoria de la existencia de un contrato realidad. Lo anterior de acuerdo con las razones que a continuación se sustentan:

**Contrato de prestación de servicios vs. contrato realidad**

El numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 consagra el contrato de prestación de servicios:

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

[…]

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

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. […]» (Subraya la Sala).

Dicha clase de contrato, de acuerdo con la norma que la regula, tiene como propósito el de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, o para desarrollar labores especializadas que no pueden ser asumidas por el personal de planta de estas.

Por su parte, como características principales del contrato de prestación de servicios está la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, toda vez que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual[[14]](#footnote-14), y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes[[15]](#footnote-15).

De acuerdo con lo anterior, debe advertirse que la vinculación por contrato de prestación de servicios es de carácter excepcional, a través de la cual no pueden desempeñarse funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren previstas en la ley o el reglamento para un empleo público.

Ello con el fin de evitar el abuso de dicha figura[[16]](#footnote-16) y como medida de protección de la relación laboral, porque, a través de la misma, se pueden ocultar verdaderas relaciones laborales y la desnaturalización del contrato estatal[[17]](#footnote-17).

Frente a este punto, se resalta que el Estado Colombiano ha ratificado convenios internacionales que propugnan por el trabajo en condiciones dignas lo cual hace obligatoria su aplicación en el ordenamiento interno, con el fin de evitar la vulneración del derecho fundamental al trabajo.

Al respecto, como Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, ratificó el Protocolo de San Salvador: Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988; el cual en sus artículos 6 y 7 consagra el Derecho al Trabajo:

**«[…] Artículo 6 Derecho al Trabajo**

1.    Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

2.    Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

**Artículo 7 Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo**

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

a.    una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;

b.    el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva;

c.    el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio;

d.    la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;

[…]

h.    el descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales. […]» (Subraya la Corporación)

Las disposiciones citadas, generan el deber del Estado colombiano de otorgar esas garantías mínimas que deben permear la materialización del derecho al trabajo, por cuanto en los artículos 1 y 2 del citado Protocolo de San Salvador[[18]](#footnote-18) se consagró la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas necesarias en su orden interno y en cooperación con los demás; para efectivizar los derechos que en el Protocolo citado se reconocen, entre ellos, al trabajo.

De allí que en el artículo 53 de la Carta Política elevó a rango constitucional el derecho al trabajo con unos principios mínimos fundamentales, al respecto:

**«ARTICULO 53.**El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.» (Subraya la Sala).

Dicho canon constitucional, consagra precisamente el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en materia laboral, que responde a las normas de rango supra y constitucional sobre las condiciones dignas del trabajo, señaladas, el cual se desarrolla seguidamente.

**Elementos que naturalizan la relación laboral**

En el anterior hilo argumentativo, para la jurisprudencia, el contrato de prestación de servicios se desconfigura cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: **i)** la prestación de servicio es personal; **ii)** bajo subordinación continuada; y **iii)** remunerada.

En dicho caso, el derecho al pago de las prestaciones sociales surge a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, lo que se ha denominado como contrato realidad.

En ese orden de ideas, la figura del contrato realidad se aplica cuando se constata la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación continuada propia de las relaciones laborales.[[19]](#footnote-19)

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

En virtud de los razonamientos esbozados, se advierte que el demandante pretende el reconocimiento de la relación laboral desde el 1.º de abril de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2009, de forma continua e ininterrumpida.

Ahora bien, se observa conforme con la documentación obrante en el expediente que el señor Alexander Bustillo Marmolejo prestó sus servicios al municipio de Malambo, de la siguiente forma:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **N.º OPS** | **Objeto** | **Periodo**  | **Valor** | **Folio** |
| 341 | Prestar servicios como celador nocturno | 01/04/02 a 30/04/02 | $350.000 | 166 |
|  | *Ibidem* | 01/05/02 a 31/05/02 | $350.000 | 167 |
| 088 | Prestar servicios como celador | 01/08/03 a 31/08/03 | $376.040 | 169 |
|  | *Ibidem* | 01/09/03 a 30/09/03 | $376.040 | 170 |
|  | *Ibidem* | 01/10/03 a 30/11/03 (2 meses) | $752.080 mensual | 172 |
| 0099-2004 | Prestar servicios como auxiliar de servicios generales en el Palacio Municipal de la alcaldía | 03/05/04 a 30/06/04 (58 días) | $760.608 ($393.418 mensual) | 20 |
| 0176-2004 | Prestar servicios como auxiliar de servicios generales en el Palacio Municipal de la alcaldía | 02/07/04 a 30/09/04 (2 meses 29 días) | $1.167.140 ($393.418 mensual) | 19 |
| 0248-2004 | *Ibidem* | 04/10/04 a 30/12/04 (2 meses 27 días) | $1.140.914 ($393.418 mensual) | 177 |
| DM-030-2005 | *Ibidem* | 01/03/05 a 31/03/05 | $415.056 | 178 |
| BM-081-2005 | Prestar servicios como auxiliar de servicios generales en el Palacio Municipal de la alcaldía | 01/05/05 a 31/05/05 (1 mes) | $415.056 | 17 |
| LJ-115-2005 | *Ibidem* | 01/06/05 a 30/06/05 | $415.056 | 180 |
| PJ-146-2005 | *Ibidem* | 01/07/05 a 31/07/05 | $415.056 | 181 |
| NA-196-2005 | *Ibidem* | 03/08/05 a 31/08/05 (28 días) | $415.056 | 182 |
| US-202-2005 | *Ibidem* | 01/09/05 a 30/11/05 (3 meses) | $1.245.168 ($415.056 mensual) | 16 |
| EU-022-2006 | *Ibidem* | 20/01/06 a 19/06/06 (5 meses) | $2.250.000 ($450.000 mensual) | 15 |
| AD-109-2006 | *Ibidem* | 28/07/06 a 27/12/06 (5 meses) | $2.250.000 ($450.000 mensual) | 10 |
| FR-019-2007 | *Ibidem* | 05/02/07 a 04/10/07 (8 meses) | $3.600.000 ($450.000 mensual) | 14 |
| ZO-119-2007 | *Ibidem* | 19/10/07 a 30/12/07 (2 meses 12 días) | $1.080.000 ($450.000 mensual) | 13 |
| GR-034-2008 | *Ibidem* | 01/02/08 a 30/04/08 (3 meses) | $1.458.000 ($486.000 mensual) | 188 |
| TA-101-2008 | *Ibidem* | 15/05/08 a 14/08/08 (3 meses) | $1.458.000 ($486.000 mensual) | 12 |
| OS-160-2008 | *Ibidem* | 01/09/08 a 30/11/08 (3 meses) | $1.458.000 ($486.000 mensual) | 11 |
| NJ-041-2009 | *Ibidem* | 01/06/09 a 31/08/09 (3 meses) | $2.145.000 ($715.000 mensual) | 9 |
| KS-109-2009 | *Ibidem* | 04/09/09 a 03/10/09  | $715.000 | 190 |

De acuerdo con lo anterior, está debidamente acreditado en el expediente que el señor Bustillo Marmolejo se desempeñó como celador en el municipio de Malambo en los siguientes periodos:

|  |
| --- |
| Del 1.º de abril de 2002 a 31 de mayo de 2002 |
| Del 1.º de agosto de 2003 al 30 de noviembre de 2003 |

Y como auxiliar de servicios generales, así:

|  |
| --- |
| Del 3 de mayo de 2004 al 30 de junio de 2004 |
| Del 2 de julio de 2004 al 30 de septiembre de 2004 |
| Del 4 de octubre de 2004 al 30 de diciembre de 2004 |
| Del 1.º de marzo de 2005 al 31 de marzo de 2005 |
| Del 1.º de mayo de 2005 al 31 de julio de 2005 |
| Del 3 de agosto de 2005 al 30 de noviembre de 2005 |
| Del 20 de enero de 2006 al 19 de junio de 2006 |
| Del 28 de julio de 2006 al 27 de diciembre de 2006 |
| Del 5 de febrero de 2007 al 4 de octubre de 2007 |
| Del 19 de octubre de 2007 al 30 de diciembre de 2007 |
| Del 1.º de febrero de 2008 al 30 de abril de 2008 |
| Del 15 del mayo de 2008 al 14 de agosto de 2008 |
| Del 1.º de septiembre de 2008 al 30 de noviembre de 2008 |
| Del 1.º de junio de 2009 al 31 de agosto de 2009 |
| Del 4 de septiembre de 2009 al 3 de octubre de 2009 |

En ese sentido, si bien el demandante alegó que la prestación del servicio fue continua e ininterrumpida, lo cierto es que en el expediente únicamente se encuentra demostrada la vinculación interrumpida en los periodos anteriormente anotados.

**Elementos de la relación laboral**

* **Prestación personal del servicio**

Para la Subsección, está demostrado que el señor Alexander Bustillo Marmolejo prestó de forma personal sus servicios como celador y como auxiliar de servicios generales al municipio de Malambo, de acuerdo con los diferentes contratos de prestación de servicios allegados y que tienen como característica ser *intuito personae*¸ es decir, que las actividades realizadas por el demandante no podían ser desempeñadas, por regla general, por un tercero.

* **Remuneración o retribución por el servicio prestado**

Definido lo anterior, frente al elemento de la remuneración, advierte la Subsección que, en el presente asunto, el señor Alexander Bustillo Marmolejo aportó copia simple de ocho cheques diligenciados a su nombre, de diferentes entidades bancarias y por algunos periodos, así[[20]](#footnote-20):

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **N.º cheque** | **Banco emisor** | **Fecha** | **Valor** |
| ET 669093 | Bancolombia | 02/09/2005 | $375.626 |
| 4830522 | Banco Popular | 17/07/2008 | $456.840 |
| 4901300 | Banco Popular | 02/03/2009 | $456.840 |
| 62817938 | Banco Popular | 08/10/2009 | $672.100 |
| 3123516 | Banco de Bogotá | 07/09/2009 | $672.100 |
| 4902487 | Banco Popular | 29/07/2009 | $672.100 |
| 4900778 | Banco Popular | 30/12/2008 | $456.840 |
| 4899945 | Banco Popular | 07/12/2008 | $456.840 |

Frente a los títulos valores aportados, la Corporación considera que estos no permiten demostrar el pago efectivo de sus honorarios por los servicios del demandante porque de estos no se puede determinar quién fue el pagador, los periodos cancelados o el motivo para que le fueran girados tales recursos.

No obstante, se considera demostrado este elemento por cuanto se infiere de todos los contratos de prestación de servicios que entre contratante y contratista se pactó el pago de honorarios en cuotas mensuales, motivo por el que el señor Bustillo Marmolejo percibía una contraprestación por los servicios que él prestaba.

* **Subordinación y dependencia continuada**

Este elemento esencial del contrato de trabajo, según el artículo 23 del CST, es considerado como el determinante para distinguir la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, y que faculta al empleador para exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al tiempo, modo o cantidad de labores, así como para imponerle reglamentos y el poder disciplinario, teniendo en cuenta para ello, los límites constitucionales que imponen el respeto a la dignidad humana del trabajador y sus derechos mínimos, es decir, bajo criterios de razonabilidad y sin arbitrariedad. De acuerdo con lo anterior, la subordinación parte del poder de dirección respecto a las actividades de trabajo y como potestad disciplinaria del empleador para conservar el orden en la empresa, pero únicamente en lo atinente al ámbito laboral.

En ese sentido, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo regula:

**«Artículo 23. Elementos esenciales.** <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

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

[…]

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; […]» (Subraya la Sala).

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-386 de 2000 indicó:

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

Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél. […]»[[21]](#footnote-21)

Colofón de lo expuesto, como subordinación y dependencia continuada 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.

De acuerdo con lo anterior, respecto a la subordinación y dependencia continuada, la Subsección advierte que el señor Bustillo Marmolejo cumplió con dos objetos contractuales diferentes, en un primer periodo como celador, para después desarrollar actividades como auxiliar de servicios generales.

En primer lugar, frente a sus actividades como celador, la Subsección únicamente encuentra como prueba las órdenes de prestación de servicios[[22]](#footnote-22), unas certificaciones expedidas por el director de la división de recursos humanos del municipio demandado[[23]](#footnote-23) y el oficio 468 del 1.º de abril de 2002, por medio del cual se le informó al demandante sobre su vinculación al ente territorial a partir de esa fecha[[24]](#footnote-24).

Ahora bien, pese a que del material probatorio allegado al proceso no se advierte la existencia de órdenes o instrucciones a las que se haya visto sometido el señor Bustillo Marmolejo mientras ejecutó labores como celador del municipio, se advierte que existe posición sentada por esta Corporación, respecto a la ausencia de autonomía en las actividades desarrolladas por los vigilantes.

Para el efecto, en casos similares relacionados con vigilantes de instituciones educativas, se ha precisado que «[…] la labor de vigilancia […] ejercida por el demandante en el establecimiento educativo no fue una actividad temporal, en tanto que para el cumplimiento de su objeto requería la dedicación continua y permanente de quien la realizaba para brindar seguridad a las personas que laboraban y estudiaban en las instalaciones y frente a los bienes encargados a su cuidado. […]»[[25]](#footnote-25) (Subrayado de la Subsección)

Y que, «[…] la función de celaduría no posee ningún nivel de autonomía e independencia que caracteriza el contrato de prestación de servicios, por el contrario, en esta clase de actividades el elemento asociado a la subordinación salta a la vista, pues el vigilante no puede decidir en qué lugares presta el servicio ni tampoco en que horarios, mucho menos se encuentra facultado para ausentarse del lugar de trabajo sin permiso. […]»[[26]](#footnote-26) (Subrayado de la Subsección)

De acuerdo con lo anterior, en razón a que la labor de un vigilante o celador es continua y permanente, sometido a las órdenes e instrucciones impartidas por un superior, en la cual se deben cumplir horarios estrictos, y sin que pueda ejecutarse de forma autónoma e independiente, la Corporación infiere que el señor Alexander Bustillo Marmolejo sí se encontró en una situación de subordinación y dependencia continuada en los periodos que acreditó en debida forma haber prestado sus servicios como celador.

Ahora bien, respecto a los periodos en que desarrolló actividades como auxiliar de servicios generales no se puede llegar a la misma conclusión pues, respecto a estos lapsos, la Subsección comparte el razonamiento del tribunal al considerar insuficiente el material probatorio que permita acreditar fehacientemente la configuración del elemento esencial de la relación laboral.

Para el efecto, la Corporación no halla prueba alguna en el expediente que permita, al menos, inferir que el aquí demandante se encontraba compelido al cumplimiento de un horario impuesto por el ente territorial contratante, o que recibiera órdenes e instrucciones sobre la forma en que debía ejecutar las actividades propias del objeto contractual, tampoco es posible determinar si el señor Alexander Bustillo realizaba funciones idénticas a las del personal de servicios generales de la planta de empleados públicos del municipio de Malambo.

Menos aún puede predicarse la existencia de la relación laboral por encontrarse demostrada una vinculación permanente y continua pues, se reitera, únicamente se acreditó que el demandante estuvo vinculado entre los años 2004 y 2009 por periodos que oscilaban entre los tres y cuatro meses, pero con interrupciones entre las diferentes OPS que variaban entre los quince días hasta seis meses.

En consideración a lo anterior, la Subsección echa de menos los elementos de convicción de los cuales se pudiera determinar de forma fehaciente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el señor Alexander Bustillo Marmolejo prestó sus servicios como auxiliar de servicios generales, situación que correspondía a este como carga dentro del proceso, de acuerdo con lo regulado en el artículo 167 del Código General del Proceso.

Por consiguiente, se encuentran acreditados los tres elementos de la relación laboral, pero únicamente mientras el demandante se desempeñó como celador de las instalaciones de la alcaldía de Malambo, razón por la cual, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, debe reconocerse la existencia del contrato realidad por los siguientes periodos:

|  |
| --- |
| Del 1.º de abril de 2002 a 31 de mayo de 2002 |
| Del 1.º de agosto de 2003 al 30 de noviembre de 2003 |

No así, respecto de los periodos que, conforme con las órdenes de prestación de servicios aportadas, se contrató al demandante como auxiliar de servicios generales porque no se demostró que en dicho lapso el señor Bustillo Marmolejo hubiese estado en situación de subordinación o dependencia continuada.

**En conclusión:** El señor Alexander Bustillo Marmolejo únicamente acreditó la existencia de un contrato realidad en los periodos contractuales cuyo objeto fue la prestación de servicios como celador en las instalaciones de la alcaldía de Malambo, esto es:

|  |
| --- |
| Del 1.º de abril de 2002 a 31 de mayo de 2002 |
| Del 1.º de agosto de 2003 al 30 de noviembre de 2003 |

**Tercer problema jurídico**

¿En el *sub lite*, hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción extintiva del derecho, frente a algunos o todos los periodos en los cuales estuvo vinculado el señor Alexander Bustillo Marmolejo y cómo debe restablecerse el derecho de la demandante frente a los aportes a pensión?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: Pese a que la jurisprudencia reconoce que la sentencia declarativa del contrato realidad es constitutiva del derecho, quien depreque dicha relación laboral no puede exonerarse de su deber de reclamar el derecho dentro de los tres años siguientes a la finalización del vínculo contractual, pero respecto a los aportes pensionales dicho término no aplica, como se explica a continuación.

**Prescripción aplicada al contrato realidad**

En materia de derechos laborales de los empleados públicos, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968[[27]](#footnote-27) y 102 del Decreto 1848 de 1969[[28]](#footnote-28) (reglamentario del primero), regulan que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dichas normas prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Particularmente, en cuanto al reconocimiento de la existencia de la relación laboral encubierta a través de un contrato de prestación de servicios, esta Sección, en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 25 de agosto de 2016, estipuló las siguientes reglas respecto a la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad[[29]](#footnote-29):

«[…] i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de *in dubio pro operario*, no regresividad y progresividad.

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión *extra petita*, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador. […]» (Subrayado de la Subsección)

Conforme con lo previsto en la sentencia de unificación jurisprudencial, en su aparte aquí transcrito, se colige lo subsiguiente:

* El término para exigir el reconocimiento de una relación laboral con el Estado es de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual, y que pasado dicho tiempo se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella.
* En aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización.[[30]](#footnote-30)

En virtud de lo anterior se analizan los siguientes supuestos en el presente caso:

* La petición de reconocimiento y pago de las acreencias laborales por parte del demandante, fue radicada ante la entidad demandada el 28 de diciembre de 2012[[31]](#footnote-31),
* por tratarse de vinculaciones interrumpidas al servicio público, el término para contar la prescripción extintiva debe empezar a partir de la finalización de cada uno de los periodos contractuales efectivamente laborados.
* Quiere decir lo anterior, que el plazo para reclamar los derechos prestacionales derivados de los periodos de vinculación laboral comprendidos entre el 1.º de abril de 2002 y el 31 de mayo de 2002 o entre el 1.º de agosto de 2003 hasta el 30 de noviembre de la misma anualidad, se encuentran efectivamente prescritos
* Ello, al haber transcurrido más de tres años entre la finalización del respectivo periodo contractual y la presentación de la petición tendiente al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que, se itera, ocurrió el 28 de noviembre de 2012.

**Imprescriptibilidad de los aportes a pensión - contrato realidad**

No obstante, se reitera, de acuerdo con la sentencia de unificación citada, la prescripción no puede aplicarse a los aportes que por pensión se debían realizar por parte del empleador, que en este caso es el Estado.[[32]](#footnote-32)

De conformidad con los razonamientos precedentes, considera esta Subsección que al señor Alexander Bustillo Marmolejo se le extinguió el derecho, por prescripción, a los emolumentos deprecados como son las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, entre otros, a que habría lugar a reconocer y pagar causados desde el 1.º de abril de 2002 al 30 de noviembre de 2003, sin contar las respectivas interrupciones.

Sin embargo, la entidad demandada deberá, a título de restablecimiento del derecho, tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional[[33]](#footnote-33) del demandante, dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios, incluidos aquellos sobre los cuales operó el fenómeno de la prescripción, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por el señor Bustillo Marmolejo como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En ese sentido, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

**En conclusión:** En el caso del señor Alexander Bustillo Marmolejo prescribieron las prestaciones sociales a que tendría derecho, causadas entre el 1.º de abril de 2002 y el 30 de noviembre de 2003, sin incluir las interrupciones entre los diferentes periodos contractuales. No obstante, el demandante tiene derecho a que la parte demandada realice las cotizaciones a pensión en los términos señalados, por tratarse de una prestación imprescriptible en los términos señalados precedentemente.

**Decisión de segunda instancia**

De acuerdo con las razones que anteceden, esta Subsección revocará parcialmente la sentencia proferida el 1.º de febrero de 2016 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuso el señor Alexander Bustillo Marmolejo en contra del municipio de Malambo. En su lugar se dispondrá:

* Se declarará parcialmente probada, de oficio, la excepción de prescripción extintiva del derecho, respecto de los periodos contractuales comprendidos entre el 1.º de abril de 2002 y el 31 de mayo de 2002; y el 1º de agosto de 2003 al 30 de noviembre de 2003, excepto en lo correspondiente a los aportes a pensión.
* Se declarará la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el Oficio O.A.J-035-13 proferido por el alcalde del municipio de Malambo y por medio del cual se dio respuesta negativa a la solicitud de reconocimiento del vínculo laboral y pago de los correspondientes conceptos prestacionales y demás emolumentos, pero únicamente en los periodos contractuales en los que el señor Alexander Bustillo Marmolejo se desempeñó como celador en el ente territorial, esto es, entre el 1.º de abril de 2002 y el 31 de mayo de 2002; y el 1º de agosto de 2003 al 30 de noviembre de 2003.
* Se condenará al municipio de Malambo, a título de restablecimiento del derecho, tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional[[34]](#footnote-34) del demandante, dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios en los que ejecutó actividades de celaduría, comprendidos entre el 1.º de abril de 2002 y el 31 de mayo de 2002; y el 1.º de agosto de 2003 al 30 de noviembre de 2003, incluidos aquellos sobre los cuales operó el fenómeno de la prescripción, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por el señor Bustillo Marmolejo como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En ese sentido, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador

* Se negarán las demás pretensiones de la demanda.

**De la condena en costas**

Esta Subsección en providencia con ponencia del suscrito ponente[[35]](#footnote-35) 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 participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
5. 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.
6. 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[[36]](#footnote-36), previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
7. 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 costas, de conformidad con el numeral 5 del artículo 365 del CGP, por resultar parcialmente favorable el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

**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,**

**FALLA**

**Primero:** Revocar parcialmente la sentencia proferida el 1.º de febrero de 2016 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuso el señor Alexander Bustillo Marmolejo en contra del municipio de Malambo.

En su lugar,

**Segundo:** Declarar parcialmente probada, de oficio, la excepción de prescripción extintiva del derecho, respecto de los periodos contractuales comprendidos entre el 1.º de abril de 2002 y el 31 de mayo de 2002; y el 1.º de agosto de 2003 al 30 de noviembre de 2003, excepto en lo correspondiente a los aportes a pensión.

**Tercero:** Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el Oficio O.A.J-035-13 proferido por el alcalde del municipio de Malambo y por medio del cual se dio respuesta negativa a la solicitud de reconocimiento del vínculo laboral y pago de los correspondientes conceptos prestacionales y demás emolumentos, pero únicamente en los periodos contractuales en los que el señor Alexander Bustillo Marmolejo se desempeñó como celador en el ente territorial, esto es, entre el 1.º de abril de 2002 y el 31 de mayo de 2002; y el 1.º de agosto de 2003 al 30 de noviembre de 2003.

**Cuarto:** Condenar al municipio de Malambo, a título de restablecimiento del derecho, tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional[[37]](#footnote-37) del demandante, dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios en los que ejecutó actividades de celaduría, comprendidos entre el 1.º de abril de 2002 y el 31 de mayo de 2002; y el 1.º de agosto de 2003 al 30 de noviembre de 2003, incluidos aquellos sobre los cuales operó el fenómeno de la prescripción, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por el señor Bustillo Marmolejo como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En ese sentido, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador

**Quinto:** Negar las demás pretensiones de la demanda por las razones expuestas en está providencia.

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

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

**Notifíquese y cúmplase.**

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

**Ausente en comisión**

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

1. Folios 1 a 5 y 82 a 90 según corrección integral de la demanda. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 82*.* [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 83 a 84, según corrección integral de la demanda. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 152 a 156 y CD a folio 151. [↑](#footnote-ref-4)
5. Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. (2015) EJRLB. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ramírez Jorge Octavio, consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. EJRLB. [↑](#footnote-ref-6)
7. Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 220 a 232. [↑](#footnote-ref-8)
9. Ver folios 238 a 242. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 265 a 268. [↑](#footnote-ref-10)
11. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia. [↑](#footnote-ref-11)
12. «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.» [↑](#footnote-ref-12)
13. «**Artículo 32.** Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

[…]

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

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. […]» [↑](#footnote-ref-13)
14. Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 25 de agosto de 2016. Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001233300020130026001(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Lucinda María Cordero Causil contra el Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba) [↑](#footnote-ref-14)
15. Ver sentencia C-614 de 2009. [↑](#footnote-ref-15)
16. Ver sentencia del 10 de julio de 2014. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve. Radicación 05001233100020040039101 (0151-13). Francisco Zúñiga Berrio contra el Municipio de Medellín (Antioquia). [↑](#footnote-ref-16)
17. C-614 de 2009. [↑](#footnote-ref-17)
18. **«Artículo 1 Obligación de Adoptar Medidas.** Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

**Artículo 2 Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno**. Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.» [↑](#footnote-ref-18)
19. Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16. [↑](#footnote-ref-19)
20. Ver folios 48 a 50 bis. [↑](#footnote-ref-20)
21. Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell. [↑](#footnote-ref-21)
22. Obrantes a folios 166 a 172. [↑](#footnote-ref-22)
23. Ver folios 22 a 40. [↑](#footnote-ref-23)
24. Ver folio 42. [↑](#footnote-ref-24)
25. Para el efecto ver sentencias del 10 de octubre de 2013 con ponencia del consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación número: 05001-23-31-000-2004-00287-01(0486-13); del 8 de agosto de 2017 con ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicación 66001-23-33-000-2014-00126-01 (3287-17); del 24 de agosto de 2017 con ponencia del consejero William Hernández Gómez. Radicación 66001-23-33-000-2013-00155-01 (1470-14). [↑](#footnote-ref-25)
26. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil doce (2012). Radicación número: 25000-23-25-000-2006-08203-01(2411-11). Actor: Fabio Soler Sánchez. Demandado: Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. - Secretaría de Educación. [↑](#footnote-ref-26)
27. «**Artículo 41.** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.» [↑](#footnote-ref-27)
28. «**Artículo 102.** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.» [↑](#footnote-ref-28)
29. Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2-05 del 25 de agosto de 2016. Consejero Ponente Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015). [↑](#footnote-ref-29)
30. En los precisos términos de la sentencia de unificación, se indicó: «[…] 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. […]» (Subrayado de la Subsección) [↑](#footnote-ref-30)
31. Ver folios 51 a 53. [↑](#footnote-ref-31)
32. «[…] En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.[…]» [↑](#footnote-ref-32)
33. Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios. [↑](#footnote-ref-33)
34. Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios. [↑](#footnote-ref-34)
35. 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-35)
36. «**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-36)
37. Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios. [↑](#footnote-ref-37)