**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Contrato realidad - Reclamación prestaciones sociales**

Problema jurídico. Corresponde a la Sala determinar si al demandante le asiste razón jurídica o no para reclamar del municipio de Puerto Berrío (Antioquia) el pago de las prestaciones salariales y sociales no devengadas durante el tiempo que permaneció vinculado como contratista, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre formalidades, o, por el contrario, si los contratos de prestación de servicios (o cualquiera que sea su denominación) que celebró con dicha entidad territorial se ajustan a la normativa legal vigente, por cuanto no se configuraron los elementos de subordinación y continua dependencia que alega, propios de una relación laboral.

**CONTRATO PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Noción normativa**

Se ha de recordar que el contrato u orden de prestación de servicios se ha definido como el celebrado por las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las instituciones; sus condiciones están dadas, entre otras normas, por el artículo 32, numeral 3, de la Ley 80 de 1993, modificado por el Decreto 165 de 1997; el Decreto 2209 de 1998, que, al dictar normas sobre austeridad del gasto para las entidades que manejan recursos del tesoro nacional, reguló el tema; y el Decreto 2170 de 2002, que, en relación con esas contrataciones, además de indicar la manera de selección del contratista, precisa que «solo se realizarán para fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar». (…) el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Desnaturalización**

La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997, precisó la disparidad entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral: la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo, y, además, determinó que «el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que […]en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente». (…) se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

**CONTRATO REALIDAD - Configuración**

El denominado «contrato realidad» aplica cuando se constata en juicio 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 propia de las relaciones laborales. De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda recordó que i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, elementos de juicio que enmarcan el análisis del tema y que se tendrán en cuenta para decidir el asunto sub examine.

**CONTRATO REALIDAD - Servicio del vigilante o celador – Prestación de servicios - Labores no ocasionales o temporales**

Esta Corporación, desde tiempo atrás, ha sostenido que quien presta servicios como vigilante, no puede ser contratado de manera ocasional, temporal e independiente, ya que la labor contratada por la entidad exige que se brinde el servicio de seguridad en forma permanente para poder funcionar con total tranquilidad. (…) De tal suerte que para cumplir las labores de vigilancia, la persona contratada debe atender y obedecer las órdenes de sus superiores, a quienes les corresponde determinar en qué forma, horario y dependencia se debe prestar el servicio, es decir, que el elemento de la subordinación es indispensable para que se pueda desarrollar tal servicio. A más de ello, se puede aseverar que la actividad ejercida por el demandante no requirió de conocimientos técnicos o científicos específicos, que es uno de los elementos esenciales del contrato u orden de prestación de servicios. En vista de lo anterior, se modifica el ordinal segundo de la parte decisoria del fallo, en cuanto a que solo será objeto de restablecimiento del derecho el ciclo transcurrido entre el 1.º de marzo y el 31 de agosto de 2003. En tal virtud, el pago de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales a que tiene derecho el accionante, se ha de recordar que es consecuencia de la nulidad del acto acusado (Resolución 455 de 27 de septiembre de 2004, del alcalde de Puerto Berrío), como se determinó en sentencia de unificación de la sección segunda de esta Corporación, a título de restablecimiento del derecho — se repite—; pero ello no conlleva reconocerle el estatus de empleado público, ya que tal condición presupone la existencia de un acto administrativo que disponga el nombramiento, de la posesión en el cargo y de disponibilidad presupuestal.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION B**

**Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER**

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 05001-23-31-000-2005-00938-02(3270-14)**

**Actor: OSCAR ALEXANDER VELEZ GOMEZ**

**Demandado: MUNICIPIO DE PUERTO BERRIO - ANTIOQUIA**

**Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. CONTRATO REALIDAD.**

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el ente demandado contra la sentencia de 5 de diciembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en descongestión (sala primera de decisión), que accedió a las pretensiones de la demanda del epígrafe.

**I. ANTECEDENTES**

**1.1 Acción** (ff. 1-15). El señor Óscar Alexánder Vélez Gómez, por conducto de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar acción de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (CCA), contra el municipio de Puerto Berrío (Antioquia) para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

**1.1.1 Pretensiones.** 1) Que se declare la nulidad de la Resolución 455 de 27 septiembre de 2014, del alcalde de Puerto Berrío, en la que se le niega al actor el reconocimiento y pago de prestaciones sociales y demás derechos laborales.

2) Que se restablezca el derecho al demandante y se disponga el reconocimiento y pago de las cesantías, vacaciones y prima de navidad a que tiene derecho por todo el tiempo de servicio, dada la naturaleza laboral de su vinculación.

3) Que se condene al ente demandado al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria desde el 10 de noviembre de 2003 hasta la fecha cuando se efectúe el pago correspondiente a las prestaciones sociales.

4) Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos señalados en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo. Y se condene a la entidad demandada al pago de costas.

**1.1.2 Fundamentos fácticos.** Relata el actor que trabajó en el municipio de Puerto Berrío como vigilante durante el lapso comprendido entre el 16 de julio de 2002 y el 29 de agosto de 2003, con una última asignación mensual de $690.751.

Expone que la modalidad bajo la que fue contratado pretendió ser la de prestación de servicios, cuando realmente lo que se configuró fue una relación laboral, dado que confluyen los elementos fácticos y jurídicos que permiten predicar su existencia, con todas sus implicaciones legales; el municipio lo único que buscó con dicha contratación fue desdibujar la vinculación de carácter laboral, legal y reglamentaria, mediante unas supuestas órdenes de prestación de servicios o de trabajo, pero en realidad se trataba de una relación de carácter laboral.

Y, por último, dice que pidió, el 25 de agosto de 2004, el reconocimiento y pago de las cesantías, vacaciones, prima de navidad e indemnización por mora, lo que le fue despachado en forma desfavorable mediante Resolución 455 de 27 de septiembre del mismo año.

**1.1.3 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** Cita como normas violadas por el acto administrativo acusado las siguientes: los artículos 2, 25, 122 y 123 de la Constitución Política; 17, letra a), de la Ley 6.ª de 1945; y 1.° de la Ley 244 de 1942 (sic).

El concepto de la violación reside, en breve, en que con el acto administrativo impugnado se le transgreden al actor sus derechos, por cuanto las labores para las cuales se le contrató se encuadran dentro de una clara relación de naturaleza legal y reglamentaria, puesto que nunca se dieron los presupuestos del contrato administrativo de prestación de servicios que aduce la entidad, desempeñó de manera personal las funciones, bajo continuada subordinación, y percibió una contraprestación salarial por los servicios prestados. Además, su vinculación no fue temporal, se prolongó por más de año y medio, lo que demuestra la falta de excepcionalidad que exige el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

**1.2 Contestación de la demanda** (ff. 38-41). El ente territorial contestó la demanda fuera de término.

**II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Tribunal Administrativo de Antioquia en descongestión (sala primera de decisión), a través de sentencia de 5 de diciembre de 2012, accedió a las pretensiones de la demanda, porque declaró la nulidad del acto administrativo acusado y reconoció, con base en el principio de la realidad sobre las formas (artículo 53 de la Constitución Política), que existió una relación laboral desdibujada de un contrato de prestación de servicios.

A pesar de que las entidades estatales pueden acudir a la contratación de personas particulares y con conocimientos especializados, bajo la modalidad de prestación de servicios, en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser satisfecha con el personal vinculado y siempre que sea de carácter temporal y en condiciones de autonomía e independencia que no permitan configurar la subordinación propia de un vínculo de carácter laboral, el accionado suscribió con el demandante una serie de contratos de prestación de servicios (4 en total), en forma sucesiva, durante el período comprendido entre el 1.º de marzo y el 31 de agosto de 2003 (ff. 20 a 23), en las que se evidencia que las funciones desempeñadas por el actor no se cumplían en forma autónoma o independiente, sino que se trataba de verdaderas órdenes que implican subordinación.

En efecto, en el ordinal segundo de la parte decisoria del fallo, ordenó al ente territorial reconocer al actor lo siguiente:

[…] el equivalente a las prestaciones sociales que percibía un empleado público del Municipio de Puerto Berrío, que realizaba funciones de apoyo administrativo, por el periodo comprendido entre el 16 de julio de 2002 y el 31 de agosto de 2003, así como de las horas extras y recargos por nocturnos y festivos, que se encuentren acreditadas en dicho periodo, según los turnos de vigilancia asignados al actor por la entidad, tomando como base el salario devengado por los servidores vinculados a la planta de empleos del ente territorial y que ejercían cargos equivalentes al del demandante; o en caso de que dicho valor sea inferior al pactado en los contratos de prestación de servicios, se tomará como base el valor pactado en el contrato, sin que haya lugar a la prescripción trienal, conforme la argumentación expuesta en la parte motiva de la presente providencia.

Las sumas anteriores, establece la sentencia, deben ser indexadas, conforme a los índices de inflación certificados por el DANE. No se condenó en costas (ff. 70-81).

**III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

La entidad accionada, inconforme con la decisión del *a quo*, pide que se revoque esta y se condene en costas a la parte actora, pues considera que no resulta cierto afirmar la concurrencia de los elementos para establecer a su cargo la existencia de una obligación de índole laboral, ya que el actuar del actor se centró en el cumplimiento de un objeto contractual, propio del régimen aplicable a la figura del contrato de prestación de servicios, conforme lo prevé la Ley 80 de 1993, y, por ende, corresponde a un contrato de carácter administrativo, no regido por la ley laboral, sin existir subordinación, sino independencia administrativa (ff. 88-90).

**IV. TRÁMITE PROCESAL**

El recurso de apelación interpuesto por el ente demandado fue concedido en auto de 16 de enero de 2014, de esta Corporación (sección segunda, subsección B), que decidió el recurso de queja entablado por la parte demandada contra el auto de 18 de junio de 2013, del Tribunal Administrativo de Antioquia en descongestión (sala primera de decisión), que negó el recurso de apelación formulado contra la sentencia de 5 de diciembre de 2012 (ff. 58-64, cdno. 2), y se admitió por proveído de 10 de septiembre del mismo año (f. 110); después, en providencia de 15 de diciembre siguiente, se dispuso a correr traslado simultáneo a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión y conceptuara, en su orden (f. 112), oportunidad aprovechada por este último y el ente accionado.

**La entidad demandada** (ff. 113-115). Repite los argumentos expuestos en el recurso de apelación, en el sentido de que entre las partes no ha existido una relación laboral, sino un contrato de prestación de servicios, que obligaba al contratista al cumplimiento de su objeto.

**El Ministerio Público** (ff. 118-127). La señora procuradora tercera delegada ante esta Corporación estima que no hay duda sobre la existencia de una relación de carácter laboral, bajo continua dependencia y subordinación, y no una vinculación contractual de prestación de servicios con carácter independiente, por lo que se debe confirmar la decisión apelada. Igualmente, resulta viable reconocer en favor del demandante como restablecimiento del derecho, a título de reparación del daño, el pago de una indemnización correspondiente al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales devengadas por un celador de planta, mientras estuvo vinculado por contratos de prestación de servicios al municipio (del 16 de julio de 2002 al 29 de agosto de 2003), liquidadas de acuerdo con el valor pagado en forma mensual por la prestación de sus servicios, el que sería el salario base para la liquidación de dichos emolumentos.

**V. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**5.1 Competencia.** Conforme a la preceptiva del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo (CCA), esta Corporación es competente para conocer del presente litigio en segunda instancia.

**5.2 Problema jurídico**. Corresponde a la Sala determinar si al demandante le asiste razón jurídica o no para reclamar del municipio de Puerto Berrío (Antioquia) el pago de las prestaciones salariales y sociales no devengadas durante el tiempo que permaneció vinculado como contratista, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre formalidades, o, por el contrario, si los contratos de prestación de servicios (o cualquiera que sea su denominación) que celebró con dicha entidad territorial se ajustan a la normativa legal vigente, por cuanto no se configuraron los elementos de subordinación y continua dependencia que alega, propios de una relación laboral.

**5.3 Caso concreto.** A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

a) Escrito del actor, de 25 de agosto de 2008, en el que solicita del alcalde de Puerto Berrío el reconocimiento y pago de prestaciones sociales y demás derechos laborales (f. 24).

b) Resolución 455 de 27 de septiembre de 2004, del alcalde de Puerto Berrío, por medio de la cual se niega la anterior solicitud del accionante (ff. 17-19).

c) Fotocopia de órdenes de prestación de servicios, suscritas entre el alcalde de Puerto Berrío y el señor Óscar Alexánder Vélez, para el servicio de vigilancia, en los siguientes períodos: del 1.° de marzo al 30 de abril de 2003; entre el 1.° de mayo y el 30 de junio de 2003; desde el 1.° de julio hasta 31 de julio de 2003, y del 1.° de agosto al 31 de agosto de 2003 (ff. 20-23).

d) Testimonios de los señores Miguel Antonio Restrepo González, Julio Enrique Amariles Delgado y Jesús María Echeverri (ff. 48-51).

De la pruebas documentales que obran en el proceso, se desprende que el actor desarrolló actividades en el taller municipal y en la alcaldía de Puerto Berrío, a través de las siguientes órdenes de prestación de servicios, en el lapso comprendido entre el 1.º de marzo y el 31 de agosto de 2003 así:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Órdenes de prestación de servicios (fecha de expedición) | Desde | Hasta | Folio |
| 28/02/2003 | 1/3/2003 | 30/4/2003 | 20 |
| 30/04/2003 | 1/5/2003 | 30/6/2003 | 21 |
| 1/7/2003 | 1/7/2003 | 31/7/2003 | 22 |
| 1/8/2003 | 1/8/2003 | 31/8/2003 | 23 |

Dichas órdenes de prestación de servicios se estipularon de la siguiente manera, a saber:

CONTRATANTE: MUNICIPIO DE PUERTO BERRIO

CONTRATISTA : OSCAR ALEXANDER VELEZ

Entre los suscritos a saber LUIS CARLOS DELGADO CANO, identificado con cédula de ciudadanía No.71.183.217 de Puerto Berrío, obrando en calidad de Alcalde y representante legal del municipio de Puerto Berrío, y debidamente facultado por el Acuerdo No.009 del 21 de Noviembre de 2002 y la Ley 80 de 1993, quien para los efectos del presente contrato se denominará EL CONTRATANTE, y de la otra, OSCAR ALEXANDER VELEZ, mayor de edad vecino de este municipio, con número de cédula 71.377.619, quien en adelante y para efectos de este acto se denominará EL CONTRATISTA, se ha convenido celebrar la presente orden de prestación de servicios, la cual se regirá por las siguientes cláusulas: PRIMERA. OBJETO: El contratista se obliga a suministrar el servicio de vigilancia sin armas en el Taller Municipal de 6:00 PM a 6:00 AM. SEGUNDA. VALOR: El valor del presente orden es de UN MILLON TRESCIENTOS OCHENTA Y UN MIL QUINIENTOS DOS PESOS M/L ($1.381.502) TERCERA. FORMA DE PAGO: El Municipio de Puerto Berrío cancelará al Contratista el 100% del valor de la orden, una vez cumplido el objeto de la misma. CUARTA: PLAZO: El plazo de ejecución, es decir, el tiempo durante el cual el Contratista se compromete a prestar a entera satisfacción el objeto de esta orden de prestación servicios es de sesenta y un (61) días calendario, contados a partir del primero (1) Marzo hasta el treinta (30) de Abril de 2003. QUINTA: SUPERVISIÓN: La supervisión de esta orden estará a cargo de la Dirección de Obras y Servicios Públicos SEXTA: IMPUTACIÓN PRESUPUESTAL: El municipio de Puerto Berrío, atenderá el pago de la presente orden con cargo al Código Presupuestal 21071104, Vigilancia en edificios Públicos, según certificado de disponibilidad presupuestal No. 11 del 2 de enero de 2003. SÉPTIMA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES: El contratista no se considera empleado del municipio, sino que se encuentra en calidad de contratista independiente. En consecuencia, el municipio no adquiere con él ningún vínculo de carácter laboral. OCTAVO. RESPONSABILIDAD: El contratista responderá civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la ejecución de la presente orden en los términos de la ley 80 de 1993 […].

Al respecto, se ha de recordar que el contrato u orden de prestación de servicios se ha definido como el celebrado por las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las instituciones; sus condiciones están dadas, entre otras normas, por el artículo 32, numeral 3, de la Ley 80 de 1993,[[1]](#footnote-1) modificado por el Decreto 165 de 1997; el Decreto 2209 de 1998, que, al dictar normas sobre austeridad del gasto para las entidades que manejan recursos del tesoro nacional, reguló el tema; y el Decreto 2170 de 2002, que, en relación con esas contrataciones, además de indicar la manera de selección del contratista, precisa que «solo se realizarán para fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar».

Es decir, que el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual.

 Y, al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997,[[2]](#footnote-2) precisó la disparidad entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral: la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo, y, además, determinó que «el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que […]en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente».

De lo anterior, se colige que la orden de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende a la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda[[3]](#footnote-3) recordó que i) la subordinacióno dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, elementos de juicio que enmarcan el análisis del tema y que se tendrán en cuenta para decidir el asunto *sub examine.*

Dicho esto, se tiene que en folios 20-23 del expediente obran fotocopias de las órdenes de prestación de servicios celebradas entre la entidad accionada y el actor, durante el período comprendido entre el 1.º de marzo y el 31 de agosto de 2003; pero no existe prueba documental respecto de las suscritas entre el 16 de julio de 2002 y el 28 de febrero de 2003, lapso en que aduce el accionante que, en las mismas condiciones, prestó también servicios de vigilancia o celaduría al municipio de Puerto Berrío.

Asimismo, en folios 48-51, figuran testimonios recibidos por el Juzgado Civil del Circuito de Puerto Berrío, el 22 de septiembre de 2005, a vigilantes y excompañeros de trabajo del demandante, a saber:

 Señor Miguel Antonio Restrepo González:

[…]

PREGUNTA: Dígale al despacho si usted conoce a la parte demandante en este asunto, en caso positivo, cuánto hace, en razón de qué, si ha tenido negocios con él y si es de su familia. CONTESTA: Si lo conozco hace aproximadamente, quince años, en razón a que somos vecinos y fuimos compañeros de trabajó en el taller Municipal de Puerto Berrío, él era celador en ese taller, y yo le recibía a él, no he tenido negocios con él y no es de mi familia PREGUNTA: Dígale al despacho si usted sabe el motivo por el cual vino a rendir declaración. CONTESTA: Si, porque a mí me había comentado el papá de él que había hecho una demanda contra el Municipio, por una liquidación durante el tiempo que trabajó con el Municipio. La señora Juez procede a ilustrarlo sobre el motivo de esta diligencia, a lo que MANIFIESTA: Yo sé que él, o sea, don OSCAR ALEXANDER entró a trabajar en el Municipio como prestador de servicio, como vigilante y los contratos los hacía a título personal con el doctor CARLOS DELGADO CANO, Alcalde en esa época PREGUNTA: dígale al despacho, por cuánto tiempo prestó sus servicios el señor OSCAR ALEXANDER al Municipio de Puerto Berrío. Contesta: El laboró por ahí de doce a trece meses, desde el 16 de julio de 2002 al 2003. No más preguntas. Se le concede la palabra al apoderado de la parte demandante. PREGUNTA: El tiempo que el señor VÉLEZ laboró para el Municipio como vigilante, fue continuo o discontinuo. CONTESTA: Fue seguido. PREGUNTA: El demandante desempeñaba personalmente las labores de vigilante para las cuales fue contratado. CONTESTA: Si. PREGUNTA: Quién la pagaba al demandante. CONTESTA: A nosotros nos pagaba el Municipio. PREGUNTA: Usted sabe cuánto se ganaba el demandante. CONTESTA: Nosotros dentro del contrato ganábamos seiscientos cincuenta, pero nos entregaban cuatrocientos cincuenta pesos mensual. PREGUNTA: Dónde desempeñaba las funciones de vigilancia el demandante. CONTESTA: Él trabajó en el taller del Municipio de ahí lo trasladaron para la Alcaldía PREGUNTA: Cuál era el horarios de trabajo del demandante, y de qué día a qué día elaboraba CONTESTA: Nos tocaba laborar de seis de la mañana a seis de la tarde, cuando nos cambiaban de turno, cambiaba el horario para ambos, eso los hacían cada mes y quince días, cuando nos cambiaban el horarios. PREGUNTA: Era obligación del demandante respetar el horario de trabajo que le imponía el Municipio. CONTESTA: Nosotros cumplíamos con el horario y era obligación acatarlo. PREGUNTA: Quién le daba las órdenes y las indicaciones al demandante para realizar sus labores. CONTESTA: Primero, el señor Alcaide, y segundo el Jefe de Taller que se llamaba PACHO BARRIENTOS que nos daba las órdenes. PREGUNTA: PACHO BARRIENTOS era trabajador del Municipio de Puerto Berrío. CONTESTA: Si, era jefe de talleres. PREGUNTA: Sabe usted si las labores de vigilancia y celaduría que desempeñaba el señor VÉLEZ son funciones permanentes y necesarias en el Municipio de Puerto Berrío. CONTESTA: Si, porque bajo la responsabilidad de nosotros habían muchas cosas de valores dentro del taller. PREGUNTA: Sabe usted si después de la desvinculación del señor VÉLEZ, el Municipio de Puerto Berrío a través de su administración Municipal, ha contratado nuevo personal para desempeñar las funciones de vigilancia que ejercía el demandante. CONTESTA: Si. No más preguntas […] (sic para toda la cita).

Señor Julio Enrique Amariles:

PREGUNTA: Dígale al despacho si usted conoce al demandante en este asunto, en caso positivo, cuánto hace, en razón de qué, si ha tenido negocios con él y si es de su familia CONTESTA: Si lo conozco, hace aproximadamente, más de tres años, como compañeros de trabajo en el Municipio, como vigilantes, no he tenido negocios con él y no es de mi familia PREGUNTA: Dígale al despacho si usted sabe el motivo por el cual vino a rendir declaración. CONTESTA: Si lo sé, porque OSCAR ALEXANDER VÉLEZ, demandó al Municipio de Puerto Berrío, por tiempo de trabajo, o sea, por la liquidación de tiempo de trabajo y por lo que compete en el lapso de ese tiempo trabajado que no nos reconocieron nada, en absoluto. PREGUNTA: Indique al despacho, si conoce por cuánto tiempo trabajó el señor OSCAR ALEXANDER VÉLEZ, con el Municipio de Puerto Berrío en la labor que usted acaba de señalar. CONTESTA: El trabajó largamente, más de un año, y empezó el 16 de julio de 2002, hasta en agosto de 2003, un total de trece meses que ahí se les terminó el contrato, yo empecé a trabajar con ellos en esa época, yo empecé el 15 y él el 16. No más preguntas. Se le concede la palabra al apoderado demandante. PREGUNTA: El tiempo que trabajó del demandante para el Municipio de Puerto Berrío como vigilante, fue continuo o discontinuo. CONTESTA: Fue continuo. PREGUNTA: Como vigilante qué le correspondía hacer al demandante. CONTESTA: Como estuvo en diversas partes de trabajo, en los colegios había que velar por los cuidados de los enseres del colegio, cuando estuvo en el taller del Municipio, tenía que cuidar automotores y herramientas, cuando estuvo en la Alcaldía, por los enseres de la Alcaldía e igualmente en el matadero. PREGUNTA: Sabe usted si el demandante desempeñaba personalmente las labores de vigilante para las cuales fue contratado por el Municipio de Puerto Berrío. CONTESTA: Eso era lo asignado por los superiores, vigilar los enseres, él lo hacía personalmente. PREGUNTA: Quién le pagaba al demandante, y cuál era su salario. CONTESTA: Le pagaba el Municipio para recibir un salario de cuatrocientos cincuenta mil mensuales. PREGUNTA: Cuál era el horarios de trabajo del demandante y de qué día a qué día laboraba CONTESTA: El horario de trabajo era de seis de la mañana a seis de la tarde, y en el mes teníamos dos días compensatorios, o sea descanso, trabajábamos festivos, feriados, ese horario de trabajo lo impuso el Municipio. PREGUNTA: Era obligación del demandante acatar y respetar el horario de trabajo. CONTESTA: Pues nosotros estábamos sujetos a horarios de trabajo puntuales y debíamos acatar las órdenes de nuestros jefes inmediatamente superiores. PREGUNTA: Quién les daba esas órdenes o indicaciones sobre la forma y modo como debían cumplir las funciones. CONTESTA: Principalmente el ingeniero que estaba a cargo de las obras del Municipio y cuando nos asignaban el lugar de frente de trabajo, el rector, director y profesores, se debía acatar la órdenes que indicaban. PREGUNTA: Sabe usted si el ingeniero y los jefes que le daban órdenes al señor VÉLEZ, eran trabajadores del Municipio de Puerto Berrío. CONTESTA: Si eran trabajadores del Municipio. PREGUNTA: Sabe usted si las labores de vigilancia son permanente y necesarias en el Municipio de Puerto Berrío, más concretamente en la custodia de todos y cada uno de los bienes de dicho Municipio. CONTESTA: Si es permanente y necesario. PREGUNTA: Sabe usted si antes de la vinculación del demandante al servicio del Municipio, y de la desvinculación del mismo, el Municipio siempre ha tenido trabajadores vinculados para que desempeñen las funciones de vigilancia CONTESTA: Siempre ha tenido los vigilantes, y actualmente deben de existir los vigilantes para estas obras. PREGUNTA: Los bienes u objetos que le correspondía custodiar al demandante, son de propiedad de quién. CONTESTA: Directamente del Municipio. No más preguntas […] (sic para todo el texto).

Señor Jesús María Echeverri, vigilante, excompañero:

PREGUNTA: Dígale al despacho si usted sabe el motivo por el cuál vino a rendir declaración. CONTESTA: Entiendo que es porque yo fui compañero de OSCAR ALEXANDER, no más. El despacho entra a ilustrar al testigo sobre el asunto a lo que MANIFIESTA: Si, al OSCAR ALEXANDER el Municipio de Puerto Berrío, no le ha pagado, lo mismo que a nosotros, liquidación, nos deben dotaciones, prestaciones, tenemos derecho a cesantías y a primas, creo, lo mismo que a vacaciones, el seguro médico, por estas razones nosotros demandamos al Municipio. PREGUNTA: Dígale al despacho cuánto tiempo prestó sus servicios el señor OSCAR ALEXANDER VÉLEZ al Municipio de Puerto Berrío. CONTESTA: eso del 2002 al 2003, no recuerdo las fechas, yo laboré en ese tiempo también. No más preguntas. Se le concede la palabra al apoderado demandante. PREGUNTA: El tiempo que el señor VÉLEZ laboró para el Municipio como vigilante, fue continuo o discontinuo. CONTESTA: Fue continuo, estuvo trabajando hasta lo sacaron. PREGUNTA: Diga si el demandante desempeñaba personalmente las labores de vigilante para las cuales fue contratado. CONTESTA: Si, se desempeñaba personalmente. PREGUNTA: Quién le pagaba al demandante. CONTESTA: El Municipio, le paga cuatrocientos cincuenta mil pesos. PREGUNTA: Dónde desempeñaba las funciones de vigilancia el demandante. CONTESTA: Yo lo vi trabajando en el taller del Municipio, lo vi en la normal, en el matadero, varias veces me recibió a mí mismo. PREGUNTA: Cuál era el horario de trabajo del demandante y de qué día a qué día laboraba CONTESTA: Seis a seis, se trabajaba todos los días, festivos o no festivos. PREGUNTA: Era obligación del demandante respetar el horario de trabajo que le imponía el Municipio. CONTESTA: Si, claro que sí. PREGUNTA: Quién le daba las órdenes y las indicaciones al demandante para realizar sus labores. CONTESTA: El señor MARIO no recuerdo su apellido, era el que siempre iba donde nosotros para cambiamos de puesto de trabajo, de sitio, el señor PACHO BARRIENTOS, que era el encargado del taller del Municipio, si uno estaba trabajando en el taller, él nos daba las órdenes. PREGUNTA: PACHO BARRIENTOS era trabajador del Municipio de Puerto Berrío. CONTESTA: Sí, él era el encargado del taller Municipal. PREGUNTA: Sabe usted si las labores de vigilancia y celaduría que desempeñaba el señor VÉLEZ son funciones permanentes y necesarias en el Municipio de Puerto Berrío. CONTESTA: Si, porque como son las escuelas, hay mucho que cuidarles, en el taller también y en el matadero. PREGUNTA: Sabe usted si después de la desvinculación del señor VÉLEZ el Municipio de Puerto Berrío a través de su administración Municipal, ha contratado nuevo personal para desempeñar las funciones de vigilancia que ejercía el demandante. CONTESTA. Sí, claro, volvieron a colocar vigilantes. NO MÁS PREGUNTAS […] (sic para toda la cita).

Estos testimonios fueron desestimados, de manera parcial, por el *a quo* en cuanto a que no les dio credibilidad en lo relacionado con la prestación del servicio del accionante en el período comprendido entre el 16 de julio de 2002 y el 28 de febrero de 2003; pero, en cambio, sí la merecieron en lo que concierne a la prestación personal del servicio, la remuneración mensual y la subordinación, entre el 1.º de marzo de 2003 y el 31 de agosto siguiente, para desvirtuar las órdenes de prestación de servicios y establecer la existencia de una disfrazada relación laboral. En efecto, dice, en folio 79, la sentencia de primera instancia:

[…]

Según los contratos de prestación de servicios obrantes en el plenario el demandante estuvo vinculado con el municipio de Puerto Berrío desde el 1 de marzo de 2003, hasta el 31 de agosto del mismo año (fls 20 a 23); no obstante que a folios 48 a 51 obran las declaraciones de los señores Miguel Antonio Restrepo González; Julio Enrique Amariles Delgado; y Jesús María Echeverri, quienes son coincidentes en señalar que la prestación de los servicios por parte del señor Oscar Alexander Vélez, se dio por el periodo comprendido entre el 16 de julio de 2002, hasta agosto 31 de 2003, porque dicha prueba -la testimonial- no es la idónea para demostrar la vigencia de tal relación.

Resulta procedente entonces reconocer y pagar a favor del demandante a título de restablecimiento del derecho, el equivalente a las prestaciones sociales que percibía un empleado público del municipio de Puerto Berrío, por el periodo de tiempo comprendido entre el 1o de marzo de 2003 y el 31 agosto del mismo año, tomando como base […] (sic para todo el texto).

[…]

Igual afirmación reitera el fallo en uno de sus apartes finales de la parte motiva: «[…] se accederá a la pretendida nulidad del acto administrativo, y en consecuencia se reconocerá vocación de prosperidad a la pretensión, resultando procedente entonces reconocer y pagar a favor del demandante, como restablecimiento del derecho, el equivalente a las prestaciones sociales que percibía un empleado público del Municipio de Puerto Berrio, que realizaba funciones de apoyo administrativo, por el periodo comprendido entre el entre el 1º de marzo de 2003 y el 31 de agosto del mismo año, así como de las horas extras y recargos por nocturnos y festivos […]»; pero, en el ordinal segundo de su parte decisoria, ordena al municipio de Puerto Berrío, a título de restablecimiento del derecho, «reconocer al señor OSCAR ALEXANDER VELEZ, el equivalente a las prestaciones sociales que percibía un empleado público del Municipio de Puerto Berrío, que realizaba funciones de apoyo administrativo, por el periodo comprendido entre el entre el (sic) **16 de julio de 2002 y el 31 de agosto de 2003**, así como de las horas extras y recargos por nocturnos y festivos […] (f. 81) [negrillas fuera de texto].

En este orden de ideas, se observa una falta de coherencia entre la parte considerativa y la decisoria del fallo, al ordenar el restablecimiento del derecho del actor desde el 16 de julio de 2002 hasta el 31 de agosto de 2003, y no del 1.º de marzo de 2003 al 31 de agosto siguiente, tal como se determinó en su motivación. Al respecto, en atención a lo previsto en los artículos 170 del Código Contencioso Administrativo (CCA)[[4]](#footnote-4) y 281 del Código General del Proceso (CGP),[[5]](#footnote-5) antes 305 del Código de Procedimiento Civil (CPC), esta Corporación, en sentencia de 14 de agosto de 2013,[[6]](#footnote-6) expresó que este marco normativo «describe el principio de congruencia de la sentencia, en sus dos acepciones: como armonía entre las partes motiva y resolutiva del fallo (congruencia interna), y como conformidad entre la decisión y lo pedido por las partes en la demanda y en su contestación (congruencia externa)», con el fin de preservar el debido proceso y el derecho de las partes a obtener una decisión judicial certera sobre el asunto puesto a consideración del juez.

En este sentido y con fundamento en las disposiciones generales del Código General del Proceso (CGP), y, en especial, las de legalidad y debido proceso, la Sala estima que, a pesar de que únicamente interpuso recurso de apelación el ente accionado y no esgrimió argumento sobre este aspecto, puede proceder a corregir el yerro en que se incurrió.

De hecho, al revisar las pruebas recaudadas en el proceso y las enderezadas a demostrar la vinculación contractual del demandante con la entidad demandada, en el lapso comprendido entre el 16 de julio de 2002 y el 28 de febrero de 2003, solo figuran los testimonios de los señores Miguel Antonio Restrepo González, Julio Enrique Amariles Delgado y Jesús María Echeverri, atrás reseñados, sin ningún respaldo documental, tales como desprendibles de pago, certificado de honorarios, planillas de turnos, memorandos, etc., que, por sus condiciones personales (extrabajadores, amigos y excompañeros de labores del actor), no se aprecian verosímiles.

Cosa distinta, lo que tiene que ver con el período del 1.º de marzo al 31 de agosto de 2003 en que sí existe la prueba documental de las órdenes de prestación de servicios suscritas entre las partes (ff. 20-23), y, además, los declarantes en sus dichos reflejan que sus conocimientos devienen de las circunstancias de modo, tiempo y lugar vividas, lo cual es acorde con lo expresado en la sentencia de primera instancia, de que se probó una relación laboral desdibujada, al establecerse que hubo prestación personal del servicio, remuneración mensual y subordinación, cuando los testigos coinciden al afirmar que el accionante recibía órdenes directas del alcalde o del encargado del taller y que ejercía labores todos los días, incluidos los fines de semana y festivos, de seis de la tarde a seis de la mañana.

Sobre el particular, esta Corporación,[[7]](#footnote-7) desde tiempo atrás, ha sostenido que quien presta servicios como vigilante, no puede ser contratado de manera ocasional, temporal e independiente, ya que la labor contratada por la entidad exige que se brinde el servicio de seguridad en forma permanente para poder funcionar con total tranquilidad:

[…]

Carecería de cualquier lógica que los servicios de vigilancia se prestaran ocasionalmente, siendo que la seguridad de la entidad puede verse afectada en cualquier momento, lo que exige la presencia continua de una persona que ofrezca y garantice la guarda de la misma. Lo anterior permite concluir que para cumplir con las labores de vigilancia, la persona contratada para tal fin, debe atender y obedecer las órdenes de sus superiores, a quienes les corresponde determinar en qué forma, horario y dependencia se debe prestar el servicio, es decir, que el elemento de la subordinación es indispensable para que se pueda desarrollar tal servicio […].

[…]

De tal suerte que para cumplir las labores de vigilancia, la persona contratada debe atender y obedecer las órdenes de sus superiores, a quienes les corresponde determinar en qué forma, horario y dependencia se debe prestar el servicio, es decir, que el elemento de la subordinación es indispensable para que se pueda desarrollar tal servicio. A más de ello, se puede aseverar que la actividad ejercida por el demandante no requirió de conocimientos técnicos o científicos específicos, que es uno de los elementos esenciales del contrato u orden de prestación de servicios.

En vista de lo anterior, se modifica el ordinal segundo de la parte decisoria del fallo, en cuanto a que solo será objeto de restablecimiento del derecho el ciclo transcurrido entre el 1.º de marzo y el 31 de agosto de 2003. En tal virtud, el pago de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales a que tiene derecho el accionante, se ha de recordar que es consecuencia de la nulidad del acto acusado (Resolución 455 de 27 de septiembre de 2004, del alcalde de Puerto Berrío), como se determinó en sentencia de unificación de la sección segunda de esta Corporación,[[8]](#footnote-8) a título de restablecimiento del derecho — se repite—; pero ello no conlleva reconocerle el estatus de empleado público, ya que tal condición presupone la existencia de un acto administrativo que disponga el nombramiento, de la posesión en el cargo y de disponibilidad presupuestal.[[9]](#footnote-9)

En este orden, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, la Sala confirmará de manera parcial la sentencia de primera instancia, que accedió a las súplicas de la demanda, respecto de la nulidad del acto acusado, con la modificación indicada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

1. Confírmase parcialmente la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2012 por el Tribunal Administrativo de Antioquia en descongestión (sala primera de decisión), que accedió de a las pretensiones de la demanda incoada por el señor Óscar Alexánder Vélez Gómez, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

2. Modifícase el ordinal segundo de la parte decisoria del fallo apelado, en el sentido de que solo se tenga en cuenta para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales al demandante, el período comprendido entre el 1.º de marzo y el 31 de agosto de 2003, de acuerdo con la motivación de esta providencia.

3. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de la fecha.

**CARMELO PERDOMO CUÉTER**

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ CÉSAR PALOMINO CORTÉS**

**Relatoría:** JORM.

1. «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-1)
2. Corte Constitucional, sentencia de 19 de marzo de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca. [↑](#footnote-ref-3)
4. «La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Para restablecer el derecho particular, los Organismos de lo Contencioso Administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas». [↑](#footnote-ref-4)
5. « La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

[…]». [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección cuarta, 14 de agosto de 2013, radicación: 73001 23 31 000 2006 01785-01 (18580), consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, demandante: Cemex Colombia S. A., demandado: Municipio de San Luis.

 [↑](#footnote-ref-6)
7. #####  Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección A, sentencia de 12 de febrero de 2009, consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón, expediente: 70001-23-31-000-1999-01156-01(1982-05), actora: Mariel Zabala Támara, demandado: departamento de Sucre.

 [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, sentencia de 25 de agosto de 2016, radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, actor: Lucinda María Cordero Causil, demandado: Municipio de Ciénaga de Oro. «[…] 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 […]». [↑](#footnote-ref-8)
9. Así lo sostuvo esta Corporación en sentencia de 10 de febrero de 2011, sección segunda, subsección A, consejero ponente: Gustavo Gómez Aranguren, expediente 73001-23-31-000-2008-00081-01(1618-09). [↑](#footnote-ref-9)