**VINCULACIÓN AL SERVICIO PÚBLICO – Clases**

El ordenamiento jurídico colombiano regula tres clases de vinculación al servicio público, con sus características o elementos que las tipifican y su régimen jurídico propio. Estas son: i) la vinculación legal y reglamentaria; ii) la laboral contractual; y iii) la contractual o de prestación de servicios

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Marco normativo – Características**

La vinculación por contratos de prestación de servicios se rige por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Dicha forma contractual, 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. (…) como características principales del contrato de prestación de servicios está la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual, y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes (…) 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 (…) como medida de protección de la relación laboral, en tanto que, a través de la misma, se pueden ocultar verdaderas relaciones laborales y la desnaturalización del contrato estatal

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Desnaturalización – Elementos de relación laboral**

El artículo 53 de la Carta Política elevó a rango constitucional el derecho al trabajo con unos principios mínimos fundamentales (…) 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 (…) la jurisprudencia el contrato de prestación de servicios se desfigura 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 (…) 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 – Configuración – Subordinación – Carga probatoria**

La figura del contrato realidad, sostiene la jurisprudencia, 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. (…) Se tiene que el demandante prestó de forma personal sus servicios como «celador – conserje» al municipio de Pereira en los periodos arriba indicados, de acuerdo con los contratos de prestación de servicios que tienen como característica ser intuito personae. Esto significa que la labor o actividad no puede ser desarrollada por persona diferente a quien contrata, por lo que se encuentra suficientemente acreditado el elemento, en tanto que, de acuerdo con las reglas de la experiencia y de la sana crítica, las funciones de vigilancia o celaduría no pueden ser sustituidas a terceros de forma autónoma y conforme a la liberalidad del contratista. (…). Para la Subsección los dichos de los testigos son contestes y responsivos, en el sentido de afirmar que el demandante debía ejercer sus funciones en los horarios impuestos por los respectivos rectores de las instituciones educativas en las que laboraba, así como debía atender las órdenes e instrucciones que se daban por parte de estos, situación que lleva a confirmar que la prestación del servicio por parte del demandante no era de forma autónoma e independiente, como corresponde a un contratista. Colofón de lo expuesto, resulta evidente la configuración de los tres elementos de la relación labora en el caso del demandante, mientras este se desempeñó como «celador-conserje» en los diferentes establecimientos educativos del municipio de Pereira, razón por la cual, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, debe reconocerse la existencia del contrato realidad. (…) en su testimonio, en el sentido de que las funciones desempeñadas mientras estuvieron vinculados directamente con el municipio de Pereira y cuando lo hicieron a través de la empresa de servicios temporales, no es prueba suficiente, para esta Subsección, para demostrar la existencia de una relación de carácter continuamente subordinada y dependiente con la temporal, razón por la cual, no puede accederse a la pretensión en el periodo en el cual estuvo vinculado a través de Servitemporales S.A. En conclusión, el señor demandante demostró la configuración de los tres elementos de la relación laboral mientras estuvo vinculado, directamente, con el municipio de Pereira, a través de contratos de prestación de servicio, motivo por el cual debe reconocerse la existencia de un contrato realidad por dichas vinculaciones. No así, respecto del tiempo que estuvo el demandante vinculado a través de la empresa de servicios temporales Servitemporales S.A., al no haberse acreditado, teniendo la carga de hacerlo, el elemento de la subordinación y dependencia continuada

**CONTRATO REALIDAD – Calidad de empleado público – Imprescriptibilidad de los derechos pensionales**

Se advierte que, de acuerdo con lo previsto por la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, relacionada con la prescripción de los derechos derivados de la declaratoria de existencia del contrato realidad, en esta se advirtió que, 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. Ello por cuanto, considera la Subsección, la declaratoria del contrato realidad no implica per se, que al demandante se le haya otorgado automáticamente la calidad de empleado público, en tanto que, para que ello suceda, se deben acreditar los requisitos regulados en los artículos 122 y 125 de la Constitución Política. (…) 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 4 de marzo al 30 de diciembre de 2008 y del 1 de enero al 31 de diciembre de 2009. Sin embargo, la entidad demandada deberá, a título de restablecimiento del derecho, tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional del demandante, dentro de los periodos laborados ya fuera por prestación de servicios o por contrato de trabajo, incluidos aquellos sobre los cuales operó el fenómeno de la prescripción, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por el [demandante] como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

**Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00378-01(1902-15)**

**Actor: LUIS ELÍAS GIRALDO MAZUERA**

**Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA**

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

**Ley 1437 de 2011**

**Sentencia O-149-2018**

**ASUNTO**

La Subsección decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 29 de agosto de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró el señor Luis Elías Giraldo Mazuera en contra del municipio de Pereira.

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

El señor Luis Elías Giraldo Mazuera, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, demandó al Municipio de Pereira.

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

1. Declarar la nulidad del acto administrativo 4279 del 22 de febrero de 2013, por medio del cual el municipio de Pereira negó el reconocimiento y pago del reajuste salarial y las prestaciones sociales, por haber laborado para la entidad.
2. Declarar la existencia de una relación de carácter laboral entre el señor Luis Elías Giraldo Mazuera y el municipio de Pereira desde el 4 de marzo de 2008 hasta el 30 de diciembre de 2012.

A título de restablecimiento del derecho solicitó lo siguiente:

1. Ordenar al municipio de Pereira liquidar y pagar al señor Luis Elías Giraldo Mazuera las diferencias salariales y el total de las prestaciones sociales, liquidados conforme a los derechos laborales de los empleados de planta que realizan funciones idénticas o similares, incluidas la prima de servicios, la prima de navidad, el auxilio de transporte, dotaciones, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, subsidio de alimentación, bonificación por recreación, por los periodos comprendidos entre el 4 de marzo de 2008 y el 30 de diciembre de 2009 y el 1.º de julio de 2011 hasta el 30 de diciembre de 2012.

De igual forma, solicitó que el pago debe ser indexado con base en el valor mensual del último contrato celebrado que corresponde a la suma de $1.091.000 para el año 2012.

1. Ordenar a la demandada a liquidar y pagar los conceptos de trabajo suplementario, horas extras diurnas, nocturnas, festivas diurnas y nocturnas, dominicales y compensatorios, con base en el valor mensual del último contrato celebrado, correspondiente a la suma de $1.090.000 para el año 2012 por los periodos comprendidos entre el 4 de marzo de 2008 y el 30 de diciembre de 2009 y el 1.º de julio de 2011 hasta el 30 de diciembre de 2012.

1. Condenar al municipio de Pereira a pagar los porcentajes de cotización correspondiente a pensión, ARP y salud, que debió trasladar a los fondos respectivos por los periodos comprendidos entre el 4 de marzo de 2008 y el 30 de diciembre de 2009 y el 1.º de julio de 2011 hasta el 30 de diciembre de 2012.
2. Condenar al municipio de Pereira a pagar al demandante las cotizaciones de caja de compensación durante el tiempo acreditado en los contratos de prestación de servicios suscritos y ejecutados por el demandante.
3. Condenar al municipio de Pereira a pagar al demandante el reajuste de las prestaciones sociales de ley, el pago reajustado de salud, ARP y pensiones, y del trabajo suplementario, conforme a la liquidación realizada por Servitemporales entre el 1.º de enero de 2010 hasta el 11 de diciembre de 2010 y del 1.º de enero de 2011 al 30 de junio de 2011.
4. Declarar que el tiempo laborado por el señor Luis Elías Giraldo Mazuera, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios y como trabajador en misión, deben computarse para efectos pensionales.
5. Condenar al municipio de Pereira al pago, como sanción moratoria, de «un día de salario por cada día, según mandato legal.»
6. Condenar a la demandada al pago de las costas del proceso.
7. Condenar a la demandada al pago de las sumas que resulten debidamente probadas dentro del proceso, sean *ultra* o *extra petita* y que no estén relacionadas.

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

1. El señor Luis Elías Giraldo Mazuera prestó sus servicios al municipio de Pereira a través de contratos de prestación de servicios entre el 4 de marzo de 2008 al 30 de diciembre de 2009 y del 1.º de julio de 2011 hasta el 30 de diciembre de 2012; y como trabajador en misión vinculado por intermedio de la empresa de servicios temporales Servitemporales S.A., entre el 1.º de enero de 2010 al 11 de diciembre de 2010 y del 1.º de enero de 2011 al 30 de junio de la misma anualidad.
2. El demandante se desempeñó como vigilante en diferentes instituciones educativas del municipio de Pereira, tales como la Aquilino Bedoya, Villa Santana, Las Brisas, Colegio Hernando Vélez Marulanda y Juan XXIII.
3. El objeto contractual y las funciones relacionadas en estos consistían en la realización de diferentes actividades de carácter subordinadas, que eran coordinadas con un jefe inmediato y con el cumplimiento de un horario.
4. Durante el término de la vinculación, al señor Luis Elías Giraldo Mazuera no se le reconocieron las prestaciones sociales a las cuales, por ley, tenía derecho, situación que constituye una violación a sus derechos laborales, en tanto que, según adujo, es evidente que la modalidad en la que fue vinculado a la administración no era la más justa ni la más apropiada para el tipo de labor que desempeñaba.
5. La administración municipal contaba con celadores de planta, que cumplían con las mismas funciones a las del señor Luis Elías Giraldo Mazuera, a los que se les cancelaban todas las prestaciones sociales.
6. Durante el periodo laborado a través de la empresa Servitemporales S.A., le fueron cancelados el salario mínimo con las prestaciones de ley y le reconocieron el trabajo suplementario. No obstante, los salarios cancelados por la empresa de servicios temporales eran menores a los que percibían los vigilantes de planta en los años 2010 y 2011.
7. El demandante laboraba turnos de 12 horas, tenía horarios nocturnos y prestaba el servicio dominicales y festivos, según lo acredita la Circular 07 de 2006, los comprobantes de pago de Servitemporales S.A., las minutas existentes en los colegios de la ciudad
8. El municipio de Pereira negó la solicitud de reconocimiento de la relación laboral y el pago de las prestaciones sociales a través del Oficio 4279 del 22 de febrero de 2013.

**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).

A folio 145 se advierte que, en la etapa de excepciones previas, el tribunal indicó lo siguiente:

«[…] No fue propuesta ninguna de las previstas en el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA, ni de las consagradas en el artículo 180-6 del C.P.A.C.A., asimismo el Despacho no encuentra acreditado alguno de los mencionados medios exceptivos para ser declarado de oficio, por lo que dispone continuar con los siguientes puntos de la presente audiencia. […]»

La decisión fue notificada en estrados y las partes no 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 145 y 146, el Tribunal fijó el litigio así:

«[…] de acuerdo con el estudio de la demanda y su contestación, determina que el litigio versa sobre la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el oficio número 4279 del 22 de febrero de 2013, proferido por la Secretaría de Educación del Municipio de Pereira; y que, en consecuencia, se declare la existencia de una relación de carácter laboral entre el demandante y el ente territorial demandado, que dé lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir por el accionante en los períodos en los cuales estuvo vinculado con el municipio de Pereira, con indexación de las sumas reconocidas, a lo cual se opone la entidad demandada, aduciendo la naturaleza de contrato estatal que corresponde a las órdenes de prestación de servicios en virtud de las cuales desarrolló las actividades el demandante. A instancia del señor apoderado de la parte actora, se precisa que el litigio comprende igualmente lo concerniente al trabajo en misión que aduce haber prestado para el municipio de Pereira a través de la empresa Servitemporales S.A. […]»

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

El Tribunal Administrativo de Risaralda, en sentencia escrita del 29 de agosto de 2014, ordenó:

«[…] **1.** Se declara no probada la excepción de cobro de lo no debido, formulada por el municipio de Pereira, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

**2.** Se declara la nulidad del oficio 4279 del 22 de febrero de 2013, por medio del cual el Municipio de Pereira niega el reconocimiento de la relación laboral reclamada por el señor Luis Elías Giraldo Mazuera, y el pago de prestaciones sociales correspondientes, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**3.** Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condena al Municipio de Pereira a pagar en favor del demandante Luis Elías Giraldo Mazuera, las prestaciones sociales de orden legal a las cuales tiene derecho, tomando como base los honorarios contractuales derivados de los contratos y órdenes de prestación de servicios correspondientes a los períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, es decir, desde el 4 de marzo al 29 de diciembre de 2008, desde el 1º de enero al 30 de diciembre de 2009, del 2 de enero al 29 de febrero de 2012, del 1º de julio al 30 de julio de 2012, del 1º de agosto al 15 de septiembre de 2012, y del 16 de septiembre al 30 de octubre de 2012, dentro del marco de las consideraciones de este proveído.

**4.** Asimismo, se condena a la entidad demandada a pagar en favor del demandante los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que debió trasladar a los Fondos respectivos, durante el periodo acreditado en que prestó sus servicios. En su defecto, la entidad efectuará las cotizaciones a que haya lugar, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.

**5.** Igualmente, se condena al Municipio de Pereira a pagar, en favor del demandante, la compensación en dinero de las dotaciones de vestido y calzado de labor en los siguientes términos: (i) Del 4º de marzo de 2008 al 29 de diciembre de 2008, y del 1 de enero al 30 de diciembre de 2009: Lo correspondiente a cuatro (04) dotaciones.

[…]

**9.** Se deniegan las demás súplicas de la demanda […]»

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

El tribunal halló acreditado la prestación personal del servicio por parte del señor Luis Elías Giraldo Mazuera al municipio de Pereira en los siguientes periodos: i) del 4 de marzo de 2008 al 29 de diciembre de la misma anualidad; ii) del 1.º de enero de 2009 al 30 de diciembre de 2009; iii) del 2 de enero al 29 de enero de 2012; iv) del 1.º de julio al 30 de julio de 2012; v) del 1.º de agosto al 15 de septiembre de 2012 y; vi) del 16 de septiembre de 2012 al 30 de octubre del mismo año.

Frente a los tiempos que prestó sus servicios, vinculado a través de Servitemporales S.A., consideró que no podía reconocerse el tiempo transcurrido entre el 1.º de enero al 11 de diciembre de 2010 y del 1.º de enero al 30 de junio de 2011, en tanto que, en dicho interregno, desarrolló actividades como trabajador en misión de la antedicha empresa de servicios temporales, percibió un salario y le fueron descontadas las cotizaciones a seguridad social en salud y pensión.

Sostuvo que de la prueba testimonial era posible concluir la existencia de la subordinación ejercida por la entidad demandada, particularmente por los rectores de las instituciones educativas en las cuales el demandante prestaba sus servicios. Lo anterior, al evidenciarse que las labores desarrolladas eran asignadas y controladas de forma permanente, en tanto que se encontraba sometido a las órdenes y e intervención ejercida.

Agregó que no era de recibo el argumento según el cual, una persona dedicada a prestar servicios de vigilancia tenga algún grado de autonomía en el desempeño de su función, por la naturaleza de la actividad, que debe ser desempeñada en forma permanente, continua.

Concluyó que la labor prestada por el señor Giraldo Mazuera carecía de libertad para llevar a cabo funciones de vigilancia o celaduría, que además no era una labor de carácter científica o técnica, que era necesaria su prestación en horarios regulares y que se demostró el elemento de la remuneración.

La *a quo* señaló, además, que en el presente caso no se configuró el fenómeno de la prescripción, toda vez que su vinculación con el municipio de Pereira finalizó el «30 de diciembre de 2012»[[9]](#footnote-9) y la reclamación se presentó el 15 de febrero de 2013, por lo que no transcurrieron más de los 3 años regulados por la ley para que prescribieran los derechos del demandante.

Finalmente, consideró improcedente ordenar el reconocimiento de las diferencias salariales entre lo cancelado al demandante en virtud de los contratos de prestación de servicios y el salario devengado por el personal de planta que desempeña cargos de vigilante, en tanto que dichas asignaciones salariales dependen de las condiciones particulares demostradas por cada uno de ellos, y porque aceptada la existencia del contrato realidad, debe aceptarse como válido el pacto entre las partes respecto a la remuneración.

**RECURSOS DE APELACIÓN**

**Parte demandante[[10]](#footnote-10):** El apoderado del señor Luis Elías Giraldo Mazuera manifestó su inconformidad frente a los siguientes puntos de la sentencia de primera instancia:

i) Inconformidad en cuanto al tiempo a «cancelar»: Para el demandante se vulneró la validez de la prueba y el principio de favorabilidad de la ley laboral. Primero, sobre los tiempos a cancelar y; segundo, sobre la base en dinero que se tomó como referente para hacerlo.

En ese sentido, indicó que en la demanda se solicitó el reconocimiento de prestaciones sociales por los periodos comprendidos entre: el 4 de marzo 2008 al 30 de diciembre de 2009, del 1.º de julio de 2011 al 30 de diciembre de 2012, así como los lapsos en que estuvo vinculado a través de la empresa Servitemporales S.A.

No obstante, la condena del tribunal se efectuó desde el 4 de marzo al 29 de diciembre de 2008, del 1.º de enero al 30 de diciembre de 2009, del 2 de enero al 29 de febrero de 2012, del 1.º de julio el 30 de julio de 2012, del 1.º de agosto al 15 de septiembre de 2012, y del 16 de septiembre el 30 de octubre 2012. Lo anterior, sin tener en cuenta que en folios 57 a 61 se probaron los tiempos no reconocidos en la sentencia, esto es, del 1 al 30 de diciembre de 2010, los meses de agosto a diciembre de 2011 y los meses de marzo a junio de 2012.

ii) Inconformidad frente a la validez de la prueba: Para el demandante no puede predicarse que el certificado laboral expedido por la demandada, sea la única prueba aceptada por la ley para para determinar el tiempo laborado.

iii) Inconformidad respecto a la base que se tomó en cuenta para el pago de la condena: Según la parte demandante, el tribunal erró al determinar la condena con base en los honorarios contractuales pactados por las partes. En su criterio, por equidad la condena debió ordenarse como se solicitó en la demanda, es decir, con el valor mensual del último contrato celebrado.

Finalmente, sostuvo que en la sentencia de primera instancia se omitió la liquidación del tiempo suplementario y los reajustes salariales durante el tiempo laborado a través de Servitemporales S.A.

**Municipio de Pereira[[11]](#footnote-11):** Manifestó no compartir los razonamientos del tribunal, en tanto que, para ella, es irrefutable que la actividad del contratista puede ser similar a la de los empleados de planta, cuando dicho personal no alcance a colmar la aspiración del servicio público.

Para el municipio, frente a la contratación de personal de aseo y vigilancia no surge una relación de subordinación, sino que se trata de una actividad coordinada.  
  
Sostuvo que, de las órdenes de prestación de servicios se evidencia que entre las diferentes vinculaciones transcurrieron periodos de hasta meses en los que no se contrató el servicio. Agregó que, en dichos periodos, es lógico pensar que no se requería la labor del contratista porque no se prestó el servicio, razón por la cual, consideró que no hubo continuidad en este y, en consecuencia, no se podía declarar la existencia de relación laboral alguna.

En ese sentido, consideró que el tribunal erró al determinar los extremos laborales en los cuales se condenó al municipio de Pereira.

Indicó que, en el presente caso, no se estructuraron los elementos de la relación laboral en tanto qué se pactó la prestación de servicios relacionados con la administración y funcionamiento de la entidad pública, lo cual consta en las diferentes órdenes de servicios; el contratista era autónomo en el cumplimiento de las labores contratadas; le cancelaron los honorarios tal y cómo fueron pactados y; la labor contratada no podía realizarse por el personal de planta y que dentro del objeto del ente territorial no se encuentra la función de prestar servicios de vigilancia.  
  
Finalmente, solicitó tener en cuenta el fenómeno de la prescripción en caso de un fallo adverso para el municipio de Pereira.

**ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

La parte demandante, demandada y el Ministerio Públicoguardaron silencio en esta etapa según constancia secretarial obrante a folio 458 del expediente.

**CONSIDERACIONES**

**Competencia**

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[[12]](#footnote-12), el Consejo de Estado es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos.

De igual forma, conforme con el inciso segundo del artículo 328 del CGP, al haber sido apelada la sentencia por ambas partes, la Corporación se encuentra facultada para resolver los recursos sin limitaciones.

**Problemas jurídicos**:

En ese orden, los problemas jurídicos que deben resolverse en esta instancia se circunscriben a los aspectos planteados en los recursos de apelación, los cuales se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿En el caso del señor Luis Elías Giraldo Mazuera se comprobaron los elementos constitutivos para determinar la existencia de una relación laboral con el municipio de Pereira?

En caso afirmativo,

1. ¿Cuáles son los extremos de la relación laboral que deben reconocerse?
2. ¿En el *sub lite*, hay lugar a declarar probada, oficiosamente, la excepción de prescripción extintiva del derecho, frente a algunos o todos los periodos en los cuales estuvo vinculado el señor Giraldo Mazuera?

**Primer problema jurídico**

¿En el caso del señor Luis Elías Giraldo Mazuera se comprobaron los elementos constitutivos para determinar la existencia de una relación laboral con el municipio de Pereira?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: En el caso del señor Giraldo Mazuera sí se demostró la configuración de los elementos constitutivos de la relación laboral. Lo anterior de acuerdo con las razones que a continuación se sustentan:

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

El ordenamiento jurídico colombiano regula tres clases de vinculación al servicio público, con sus características o elementos que las tipifican y su régimen jurídico propio. Estas son: **i)** la vinculación legal y reglamentaria[[13]](#footnote-13); **ii)** la laboral contractual[[14]](#footnote-14); y **iii)** la contractual o de prestación de servicios[[15]](#footnote-15).

La vinculación por contratos de prestación de servicios se rige por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993[[16]](#footnote-16). Dicha forma contractual, 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, en tanto que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual[[17]](#footnote-17), y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes[[18]](#footnote-18).

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[[19]](#footnote-19) y como medida de protección de la relación laboral, en tanto que, a través de la misma, se pueden ocultar verdaderas relaciones laborales y la desnaturalización del contrato estatal[[20]](#footnote-20).

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[[21]](#footnote-21) se consagró la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas necesarias en su orden interno y en cooperación con los demás; para materializar los derechos que en el Protocolo 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, la jurisprudencia el contrato de prestación de servicios se desfigura 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, sostiene la jurisprudencia, 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.[[22]](#footnote-22)

Conforme con el material probatorio obrante en el expediente, el señor Luis Elías Giraldo Mazuera prestó sus servicios al municipio de Pereira, de la siguiente forma:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **N.º CPS** | **Objeto** | **Periodo** | **Valor** | **Folio** |
| 990 | Prestar servicios de portería en la I.E. Hernando Vélez Marulanda | 04/03/08 a 30/12/08 (9 meses 26 días) | $8.062.704  ($817.186 mensual) | 11-12 |
| 026 | Prestar servicios de portería en la I.E. Compartir Las Brisas | 01/01/09 a 31/12/09 (12 meses) | $10.639.500  ($886.625 mensual) | 13-14 |
| 010 | Prestar servicios de conserjería en la I.E. Aquilino Bedoya | 20/12/10 a 30/12/10 (10 días) | $720.000  (pago único) | 174-175 |
| 091 | Prestar servicios de conserjería en la I.E. Juan XXIII | 01/08/11 a 30/11/11 (4 meses) | $$4.235.796  ($1.058.949 mensual) | 176-177 |
| 090 | Prestar servicios de conserjería en la I.E. Juan XXIII | 02/01/12 a 01/03/12 (2 meses) | $2.182.000  ($1.091.000 mensual) | 15-16 |
| 751 | Prestar servicios de apoyo operativo en la I.E. Juan XXIII | 02/03/12 a 01/07/12 (4 meses) | $4.364.000  ($1.091.000 mensual) | 17-18 |
| 1041 | Prestar servicios de apoyo operativo | 01/08/12 a 15/09/12 (1 mes 15 días) | $1.636.000  ($1.091.000 mensual) | 19-21 |
| 1682 | *Ibidem* | 16/09/12 a 31/10/12 (1 mes 15 días) | $1.636.000  ($1.091.000 mensual) | 22-24 |

De acuerdo con lo anterior, para la Subsección, el señor Giraldo Mazuera demostró haber prestado sus servicios, como vigilante – conserje, al municipio de Pereira, en los siguientes periodos:

|  |
| --- |
| Del 4 de marzo al 30 de diciembre de 2008; |
| Del 1.º de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2009; |
| Del 20 a 30 de diciembre de 2010; |
| Del 1.º de agosto al 30 de noviembre de 2011; |
| Del 2 de enero al 1.º de julio de 2012 y; |
| Del 1.º de agosto al 31 de octubre de 2012. |

Definido lo anterior, se tiene que el demandante prestó de forma personal sus servicios como «celador - conserje» al municipio de Pereira en los periodos arriba indicados, de acuerdo con los contratos de prestación de servicios que tienen como característica ser *intuito personae.* Esto significa que la labor o actividad no puede ser desarrollada por persona diferente a quien contrata, por lo que se encuentra suficientemente acreditado el elemento, en tanto que, de acuerdo con las reglas de la experiencia y de la sana crítica, las funciones de vigilancia o celaduría no pueden ser sustituidas a terceros de forma autónoma y conforme a la liberalidad del contratista.

Frente a la remuneración, advierte la Corporación que al señor Luis Elías Giraldo Mazuera se le cancelaban mensualmente la porción de los honorarios pactados en cada uno de los contratos de prestación de servicios, según consta en las liquidaciones de nómina aportadas por el demandante, en las cuales se acreditaron los pagos de los meses de marzo a diciembre de 2008; enero a diciembre de 2009; diciembre de 2010; agosto a diciembre de 2011 y; de enero a octubre de 2012.[[23]](#footnote-23)

Ahora bien, frente al tercer elemento de la relación laboral, esto es el de subordinación o dependencia continuada se tiene que, examinadas las funciones asignadas al demandante en los contratos de prestación de servicios, se encuentran, entre otras, las siguientes: i) cumplir con los turnos de portería que se le asignen; ii) custodiar y cuidar del área o zona de la institución que se le hubiere designado; iii) controlar la entrada y salida de personas, vehículos y objetos del plantel educativo; iv) velar por el buen estado y conservación de los mecanismos de seguridad; v) velar por el mantenimiento, conservación y seguridad de los bienes del establecimiento educativo; vi) colaborar en la prevención y control de situaciones de emergencia; vii) consignar en los registros de control las anomalías detectadas durante sus turnos e informar oportunamente sobre los mismos.[[24]](#footnote-24)

Asimismo, mientras prestó servicios de conserjería, desarrolló actividades tales como: i) velar y coordinar el acceso del personal autorizado que ingrese al plantel educativo; ii) velar por la puntual apertura y cierre de los portales y accesos; iii) asistir por el buen cuidado de los cuartos, contadores y motores de las entradas de energía eléctrica, así como de la conducción general de agua, bajantes y sumideros receptores de aguas fluviales en las terrazas, azoteas, patios de acceso por servicios comunales y que no entrañen peligrosidad; iv) recepción de alarmas producidas durante el servicio y colaborar en la prevención y control de situaciones de emergencia; v) contribuir con el uso adecuado, mantenimiento y el buen cuidado del material, muebles y enseres confiados a su manejo; vi) informar al interventor oportunamente, las inconsistencias, anomalías relacionadas con los asuntos, elementos o situaciones operativas presentadas en desarrollo de sus actividades; vii) cumplir con los turnos de conserjes que le asignen; viii) asistir por el buen cuidado y conservación de los mecanismos de seguridad; ix) atender los relevos cuando se presente cualquier situación administrativa durante la ejecución del contrato.[[25]](#footnote-25)

Y en cuanto al periodo que fue vinculado para prestar apoyo logístico, se tiene que en dichos contratos se estipularon las siguientes labores: i) coordinar el acceso del personal autorizado que ingrese al plantel educativo; ii) informar al supervisor oportunamente de las inconsistencias y anomalías relacionadas con los asuntos, elementos o situaciones operativas que se presentaran en desarrollo de las actividades.[[26]](#footnote-26)

Para la Subsección, las funciones descritas, y que se encuentran contenidas en los diferentes contratos de prestación de servicios suscritos entre el demandante y el municipio de Pereira, no son de aquellas que se pueden ejercer de manera autónoma e independiente por quien las desarrolla. En ese sentido, se ha sostenido 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 se 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. […]»[[27]](#footnote-27) (Subrayas de la Sala)

De igual forma, la Corporación ha considerado frente a la actividad de vigilancia o celaduría que, en esta, el contratista «[…] 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 […]».[[28]](#footnote-28)

La anterior situación se ve confirmada con las declaraciones de los testigos, en el presente caso, los señores Edgar Arturo Neira y José Manuel Holguín Cardona.

Para el efecto, el señor José Manuel Holguín sostuvo:

«[…] Con el señor Luis Elías, yo me distinguí con él en el 2007 más o menos. Y estuvimos trabajando en el colegio El Dorado en el 2009, ahí de compañeros de trabajo. […] **Preguntado:** ¿Cuándo usted menciona que el señor Luis Elías Giraldo Mazuera fue una persona cumplida se refiere a qué actividad o a qué cargo o a qué funciones? **Contestó:** El hombre manejaba las llaves del colegio, de la puerta, el teléfono, estaba pendiente de los niños. **Preguntado:** ¿De qué colegio y a qué entidad pertenecía el colegio? **Contestó:** El colegio El Dorado. **Preguntado:** ¿Dónde queda y a qué entidad pertenece? **Contestó:** Villaconsota, en Cuba. **Preguntado:** ¿A usted por qué le consta que el señor Luis Elías Giraldo Mazuera ejercía esas funciones en dicho colegio? **Contestó:** Porque fue un buen compañero con uno y todo eso. **Preguntado:** ¿Sírvase explicar si usted trabajó en dicha entidad o en dicho cargo o si por razón de las funciones que usted ejercía conoció las funciones del señor Luis Elías Giraldo Mazuera? **Contestó:** Sí, (inentendible) lo mismo que hacíamos nosotros él también lo hacía. Manejaba las llaves. Manejaba la puerta de afuera. Estar pendiente de los niños y todo eso. **Preguntado:** ¿Explique al despacho qué cargo ejerce usted? **Contestó:** Lo mismo que le estoy diciendo dotora (sic), manejar las llaves, estar pendiente de los niños, y todo. **Preguntado:** ¿En el cargo que se denomina cómo y en qué colegio o en qué establecimiento? **Contestó:** En el mismo colegio El Dorado estoy en este momento. […] **Preguntado:** ¿Dígale al despacho qué horarios tenía Luis Elías Giraldo, cómo eran los horarios? **Contestó:** El horario era de 6 a 6. **Preguntado:** […] ¿Explíquele al despacho de 6 a 6 qué? **Contestó:** 6 de la mañana 6 de la tarde a las 6 de la mañana. Día cambiado. **Preguntado:** ¿Cuántos vigilantes había en el colegio El Dorado? **Contestó:** 3 vigilantes. **Preguntado:** ¿Dígale al despacho quién determinaba o cómo determinaban los horarios al señor Luis Elías Giraldo y a los vigilantes del colegio El Dorado? **Contestó:** Cuando en ese tiempo había una retora (sic), ella nos ponía el horario. **Preguntado:** ¿Dígale al despacho si el señor Luis Elías Giraldo lo que a usted le conste si para ausentarse del puesto de trabajo porque requería hacer algún oficio, cómo era el procedimiento, él se podía ir tranquilamente o había que pedirle permiso a alguien, cómo podía ausentarse Luis Elías Giraldo del puesto de trabajo? **Contestó:** Es que la ley que tenemos nosotros es que no podemos abandonar el trabajo sino con una orden de la señora retora (sic). Entonces para poder salir teníamos que pedirle permiso a la señora retora (sic), pa’ poder hacer una vuelta. **Preguntado:** ¿Dígale al despacho señor Holguín qué elementos del trabajo le daban a ustedes, si tenían armas, algún palo, si les proveían algo? **Contestó:** Lo único que hay en el colegio es un machete todo mogoso, eso lo daban allá. **Preguntado:** ¿Y de quién es el machete? **Contestó:** Del colegio. […]»[[29]](#footnote-29)

Por su parte, el señor Edgar Arturo Paredes indicó:

«[…] Yo a Elías lo distinguí aproximadamente en el año 2006, porque pues el hombre siempre ha estado en cuestión política y como lideres empezamos a hablar y a contrastarnos desde esa época más o menos. **Preguntado:** ¿Sírvase explicar a la audiencia si tiene conocimiento de alguna vinculación que haya tenido el señor Luis Elías Giraldo Mazuera con el municipio de Pereira? **Contestó:** Sí señora, él más o menos en el año 2008 ingresó a trabajar como vigilante en la alcaldía de Pereira. El contacto que nosotros teníamos inicialmente era cuando nos acercábamos a firmar contratos, porque allá se firmaban contratos de un mes, dos meses . Nos citaban a todos los vigilantes a una institución que era el Rafael Uribe o el Deogracias Cardona. Allá nos encontrábamos y departíamos casi un día entero porque la demora era grande. Ya a partir del año 2009, nosotros conformamos un grupo de veeduría porque, pues, nos atropellaban con muchas cosas en la alcaldía y cuando pasamos a Servitemporales, entonces ya el contacto fue mucha más directo porque yo era el secretario de esa veeduría. Nosotros los visitábamos en los colegios. A él por ejemplo lo conocí trabajando en el Hernando Vélez, en el colegio Villa Santana y en Las Brisas. Nosotros, yo lo vi haciendo sus funciones de vigilante, pues, yo conocía eso porque yo desempeñaba lo mismo en otro colegio, pero pues, las directrices de todos los colegios eran las mismas, cumplíamos órdenes del rector, él era el que imponía los horarios, decretaba las funciones, en sus horarios de trabajo el conserje o vigilante que llaman no se podía ausentarse del colegio, sin una previa autorización ya del rector. En el Vélez, por ejemplo, que lo veía trabajar porque yo vivo ahí y soy líder de por ahí y me acercaba mucho al colegio. Él también estuvo a partir del 2010, trabajamos con la empresa Servitemporales. Ahí el contacto fue mucho más directo porque ya la veeduría se oficializó y se inscribió la personería. En ese tiempo que fue del 1.° de enero de 2010 al 30 de junio de 2011, trabajando con la alcaldía, pero a través de Servitemporales, estábamos haciendo las mismas funciones, en los mismos sitios, con los mismos horarios, pero teníamos una ventaja, que ese tiempo nos fue reconocido todo el tiempo suplementario, ósea que cesantías, vacaciones, nos pagaban las horas extras nocturnas, las horas extras diurnas, festivos, dominicales, hasta dotación nos dieron. Claro que aquí recalco que el contrato que firmábamos con Servitemporales era por un salario mínimo. Ese fue el contacto que yo tuve con él y salimos exactamente en la misma fecha, a finales del 2012, chao, usted sabe señora Juez que eso es político, como perdimos, nos echaron. […] **Preguntado:** ¿Sírvase explicar a la audiencia si en el ejercicio de las funciones como vigilante que usted ha señalado respecto del señor Luis Elías Giraldo Mazuera, él recibía órdenes y de qué autoridad o si podía ejercer sus funciones de manera autónoma? **Contestó:** No señora, yo como le dije, yo lo vi a él en tres instituciones, que fue Las Brisas, Villa Santana y el Vélez, en esos tres yo tenía conocimiento, porque conocía a los rectores, todo conserje cumplía órdenes del rector, los horarios eran fijados por el rector, se trabajaban 12 horas diarias, que ya eran diurnas, nocturnas y descansos, y si le tocaba un domingo o un festivo, exactamente lo mismo. La persona no se podía ausentar, ni siquiera dejar a alguien, solamente autorizado por el rector y haciéndole el cambio a un compañero, ósea que el compañero lo reemplazara a uno, uno le pagaba o después le devolvía el tiempo. […] **Preguntado:** ¿Alguna vez presenció el momento en que se le haya dado una orden por parte del rector al señor Giraldo? **Contestó:** Pues, que yo ene este momento me vaya a acordar, pero, yo en las visitas a veces me demoraba 3, 4 horas en la institución y el rector se comunicaba con los celadores mediante un teléfono, porque en portería hay un teléfono, yo escuchaba que él los llamaba y tal, y el inmediatamente me decía venga parcero, me mandaron a hacer esta vuelta allí, ya vengo, pero dentro del mismo colegio. […] **Preguntado:** ¿Tuvo usted conocimiento o relación con los rectores donde el señor demandante trabajó y los rectores expedían alguna circular dándole órdenes a los vigilantes? **Contestó:** Pues, yo en el caso de Las Brisas, el rector era el señor Daniel, y allá él les expedía circulares y en el Vélez si no fui testigo, sino que le daban órdenes directas y ya en los otros colegios si no me consta si había circulares o no. […]»[[30]](#footnote-30)

Para la Subsección los dichos de los testigos son contestes y responsivos, en el sentido de afirmar que el demandante debía ejercer sus funciones en los horarios impuestos por los respectivos rectores de las instituciones educativas en las que laboraba, así como debía atender las órdenes e instrucciones que se daban por parte de estos, situación que lleva a confirmar que la prestación del servicio por parte del señor Luis Elías Giraldo Mazuera no era de forma autónoma e independiente, como corresponde a un contratista.

Colofón de lo expuesto, resulta evidente la configuración de los tres elementos de la relación labora en el caso del señor Luis Elías Giraldo, mientras este se desempeñó como «celador-conserje» en los diferentes establecimientos educativos del municipio de Pereira, razón por la cual, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, debe reconocerse la existencia del contrato realidad.

No obstante, para la Corporación, durante el tiempo que se alegó, por la parte demandante, que este laboró para el municipio de Pereira como trabajador en misión, a través de la empresa Servitemporales S.A., no se demostró de forma fehaciente, por medio de los diferentes medios de prueba allegados al plenario, que el señor Luis Elías Giraldo se encontrara en situación de subordinación o dependencia continuada con respecto al ente territorial demandado o que prestara sus servicios en forma personal, motivo por el cual no se puede reconocer la existencia de la relación laboral en tanto que, se itera, la acreditación de este correspondía a la parte demandante como carga dentro del proceso de acuerdo con lo regulado en el artículo 167 del Código General del Proceso.

Lo anterior, toda vez que, si bien obran pruebas de los pagos realizados por la empresa Servitemporales S.A al señor Giraldo Mazuera por los meses de enero a diciembre de 2010 y de enero a junio de 2011[[31]](#footnote-31), así como una certificación expedida por la jefe de gestión humana de esta, en donde manifestaron que el señor demandante laboró para esta a través de contratos por obra o labor contratada, en los que fungió como trabajador en misión en la alcaldía de Pereira entre el 1.º de enero de 2010 al 11 de diciembre de la misma anualidad y del 1.º de enero al 30 de junio de junio de 2011[[32]](#footnote-32); la Corporación echa de menos elementos de prueba que permitan llevar a esta a un grado de certeza sobre la existencia de la relación laboral del demandante con la empresa de servicios temporales, la relación de esta última con el municipio de Pereira a través, ya fuera, de contratos de trabajo o de suministro de personal, y que además permitieran determinar las funciones para las cuales el demandante fue contratado y cómo las ejecutó.

En ese sentido, la sola afirmación del señor Edgar Arturo Paredes en su testimonio, en el sentido de que las funciones desempeñadas mientras estuvieron vinculados directamente con el municipio de Pereira y cuando lo hicieron a través de la empresa de servicios temporales, no es prueba suficiente, para esta Subsección, para demostrar la existencia de una relación de carácter continuamente subordinada y dependiente con la temporal, razón por la cual, no puede accederse a la pretensión en el periodo en el cual estuvo vinculado a través de Servitemporales S.A.

**En conclusión:** El señor Luis Elías Giraldo Mazuera demostró la configuración de los tres elementos de la relación laboral mientras estuvo vinculado, directamente, con el municipio de Pereira, a través de contratos de prestación de servicio, motivo por el cual debe reconocerse la existencia de un contrato realidad por dichas vinculaciones.

No así, respecto del tiempo que estuvo el demandante vinculado a través de la empresa de servicios temporales Servitemporales S.A., al no haberse acreditado, teniendo la carga de hacerlo, el elemento de la subordinación y dependencia continuada.

**Segundo problema jurídico**

¿Cuáles son los extremos de la relación laboral que deben reconocerse en el *sub-lite*?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: En el caso del señor Luis Elías Giraldo Mazuera únicamente deben reconocerse, como extremos de la relación laboral, los periodos efectivamente acreditados a través de los contratos de prestación de servicios; como se sustenta seguidamente:

**Periodos contractuales a reconocer**

En el *sub examine*, la parte demandante manifestó su inconformidad con la sentencia de primera instancia en tanto que no se declaró la existencia de la relación laboral durante los siguientes contratos:

|  |
| --- |
| el 4 de marzo de 2008 y el 30 de diciembre de 2009, |
| entre el 1.° de enero de 2010 al 30 de junio de 2011 y, |
| entre el 1.° de julio de 2011 y el 30 de diciembre de 2012 |

Al respecto, esta Corporación, en providencia del 18 de julio de 2018, en un caso similar, sostuvo que, cuando la vinculación a través de contratos de prestación de servicios con el Estado es interrumpida, esto es, en tanto transcurre un lapso entre los diferentes contratos suscritos entre las partes, únicamente puede reconocerse la relación laboral «[…] por los periodos efectivamente contratados o debidamente ejecutados, pues los tiempos reclamados que no consten o cuya prestación no pueda acreditarse fehacientemente a través de los medios probatorios con que cuenta la parte demandante, no pueden ser tenidos en cuenta para efectos de la respectiva condena, sin importar si la interrupción es de un día, inclusive […]»[[33]](#footnote-33)

Dicha posición encuentra su sustento en la sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016 CE-SUJ2-05, según la cual, los derechos prestacionales derivados del contrato realidad son pasibles de perderse por prescripción extintiva, es decir, por no reclamarse en la oportunidad que la Ley otorga para ese efecto.

De igual forma, en la sentencia del 18 de julio hogaño se indicó que, «[…] los periodos objeto de reconocimiento judicial por la configuración del contrato realidad, deben ser aquellos efectivamente acreditados a través del medio de prueba idóneo, siendo este, por regla general, el contrato o la orden de prestación de servicios el elemento de convicción que permite llegar al juez al grado de certeza sobre los extremos temporales de la vinculación con el Estado. […]»[[34]](#footnote-34)

En ese sentido, tal y como se indicó en el problema jurídico anterior, el demandante demostró, efectivamente, haber estado vinculado con el municipio de Pereira, a través de contratos de prestación de servicios, en los siguientes periodos:

|  |
| --- |
| Del 4 de marzo al 30 de diciembre de 2008; |
| Del 1.º de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2009; |
| Del 20 a 30 de diciembre de 2010; |
| Del 1.º de agosto al 30 de noviembre de 2011; |
| Del 2 de enero al 1.º de julio de 2012 y; |
| Del 1.º de agosto al 31 de octubre de 2012. |

De allí que, en el *sub examine*, la Corporación observa que, como entre los diferentes periodos de vinculación existieron interrupciones de al menos un día, únicamente se pueden reconocer los periodos acreditados a través del medio de prueba idóneo, es decir, mediante los respectivos contratos de prestación de servicios obrantes a folios 11 a 24 y 174 a 177 del expediente.

Para el efecto, la Subsección reitera que, el lapso en el cual el demandante estuvo vinculado al municipio de Pereira a través de la empresa Servitemporales S.A., esto es, entre el 1.º de enero de 2010 y el 11 de diciembre de la misma anualidad y entre el 1.º de enero y el 30 de junio de 2011 no puede ser reconocido toda vez que, como se explicó al resolver el anterior problema jurídico, no se acreditó de forma fehaciente la configuración del elemento de la subordinación o dependencia continuada en dicho periodo.

Aunado a lo anterior, no se encontró en el expediente prueba de la existencia de contratos u órdenes de prestación de servicios suscritas entre el señor Luis Elías Giraldo Mazuera y el municipio de Pereira por los periodos comprendidos entre el 1.º de julio y el 31 de los mismos mes y año, entre el 1.º de diciembre de 2011 y el 1.º de enero de 2012 y entre el 2 de julio de 2012 y el 31 de julio de 2012. Y, si bien en el expediente obra el histórico de liquidación de nómina del señor Luis Elías Giraldo Mazuera, entre los que se incluyó el pago de los meses de diciembre de 2011[[35]](#footnote-35) o julio de 2012[[36]](#footnote-36), para la Subsección, dicho medio de prueba no es suficiente para demostrar la existencia de la relación laboral en dichos interregnos al no tenerse la certeza de cuál era el objeto contractual, sus extremos temporales, ni las funciones u obligaciones a cargo del demandante que permitan determinar fehacientemente la prestación personal del servicio y la subordinación y dependencia continuadas.

En ese orden de ideas, estima esta Corporación que los periodos a reconocer en virtud de la declaración de existencia de la relación laboral, y sobre los cuales debe recaer la condena, toda vez que, sobre estos sí se demostró cada vínculo contractual, son los siguientes:

|  |
| --- |
| Del 4 de marzo al 30 de diciembre de 2008; |
| Del 1.º de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2009; |
| Del 20 a 30 de diciembre de 2010; |
| Del 1.º de agosto al 30 de noviembre de 2011; |
| Del 2 de enero al 1.º de julio de 2012 y; |
| Del 1.º de agosto al 31 de octubre de 2012. |

**En conclusión:** Para la Corporación, los elementos probatorios no permiten determinar la existencia de una relación laboral entre el señor Luis Elías Giraldo Mazuera y el municipio de Pereira en la forma deprecada por la parte demandante, esto es, entre el 1.º de enero de 2010 y el 30 de junio de 2011, y entre el 1.º de julio de 2011 y el 30 de diciembre de 2012, en tanto que la prestación del servicio no fue continua e ininterrumpida, al no haberse acreditado suficientemente que dichos periodos fueron efectivamente contratados y laborados de forma personal y en condiciones de subordinación o dependencia.

Por consiguiente, únicamente se pueden reconocer los periodos efectivamente contratados y laborados, estos son, los comprendidos entre el 4 de marzo y el 30 de diciembre de 2008; del 1.º de enero al 31 de diciembre de 2009; del 20 al 30 de diciembre de 2010; del 1.º de agosto al 30 de noviembre de 2011; del 2 de enero al 1.º de julio de 2012 y; del 1.º de agosto al 31 de octubre de 2012.

Finalmente, se advierte que, de acuerdo con lo previsto por la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, relacionada con la prescripción de los derechos derivados de la declaratoria de existencia del contrato realidad, en esta se advirtió que, 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. Ello por cuanto, considera la Subsección, la declaratoria del contrato realidad no implica *per se*, que al demandante se le haya otorgado automáticamente la calidad de empleado público, en tanto que, para que ello suceda, se deben acreditar los requisitos regulados en los artículos 122 y 125 de la Constitución Política.

**Tercer problema jurídico**

¿En el *sub lite*, hay lugar a declarar probada, oficiosamente, la excepción de prescripción extintiva del derecho, frente a algunos o todos los periodos en los cuales estuvo vinculado el señor Giraldo Mazuera?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: En el caso concreto y de acuerdo con la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, debe declararse la prescripción de las prestaciones sociales a que tendría derecho el demandante por la existencia de la relación laboral y que no fueron reclamadas dentro de los tres años siguientes a la finalización del vínculo contractual, como pasa a explicarse:

**Prescripción aplicada a contrato realidad**

En materia de derechos laborales de los empleados públicos, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968[[37]](#footnote-37) y 102 del Decreto 1848 de 1969[[38]](#footnote-38) (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 mencionada 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[[39]](#footnote-39):

«[…] 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 tiene que:

* 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.[[40]](#footnote-40)

Ahora, en el caso objeto de estudio, en razón a que la petición de reconocimiento y pago de las acreencias laborales fue radicada ante la entidad demandada el 15 de febrero de 2013[[41]](#footnote-41), y por tratarse de vinculaciones interrumpidas al servicio público, el término para contabilizar la prescripción extintiva inicia a partir de la finalización de cada uno de los periodos laborados.

Quiere decir lo anterior que, los derechos prestacionales derivados de los periodos de vinculación laboral comprendidos entre el 4 de marzo y el 30 de diciembre de 2008 y del 1.º de enero al 31 de diciembre de 2009, se encuentran prescritos al no haber sido reclamados a más tardar dentro de los tres años siguientes a la fecha de finalización de cada uno de ellos, en tanto que el último periodo señalado finalizó el 31 de diciembre de 2009[[42]](#footnote-42), motivo por el cual, la parte demandante debía reclamar la existencia de la relación laboral y el pago de las prestaciones, a más tardar, el 2 de enero de 2013, razón por la cual, se entiende que al haberse presentado la reclamación el 15 de febrero de 2013, transcurrió un término superior al contemplado por la norma para reclamar el derecho.

No ocurre lo mismo con los periodos comprendidos entre el 20 al 30 de diciembre de 2010; del 1.º de agosto al 30 de noviembre de 2011; del 2 de enero al 1.º de julio de 2012 y; del 1.º de agosto al 31 de octubre de 2012, por cuanto la reclamación ante la administración se realizó dentro de los 3 años siguientes a la finalización de cada uno de dichos periodos contractuales.

**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.[[43]](#footnote-43)

De conformidad con los razonamientos precedentes, considera esta Subsección que al señor Luis Elías Giraldo Mazuera 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 4 de marzo al 30 de diciembre de 2008 y del 1.º de enero al 31 de diciembre de 2009.

Sin embargo, la entidad demandada deberá, a título de restablecimiento del derecho, tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional[[44]](#footnote-44) del demandante, dentro de los periodos laborados ya fuera por prestación de servicios o por contrato de trabajo, 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 Giraldo Mazuera como contratista y los que se debieron efectuar, 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 Luis Elías Giraldo Mazuera prescribieron las prestaciones sociales a que tendría derecho, causadas con entre el 4 de marzo y el 30 de diciembre de 2008 y entre el 1.º de enero y el 31 de diciembre de 2009. No obstante, el demandante tiene derecho a que el municipio de Pereira realice las cotizaciones a pensión, por tratarse de una prestación imprescriptible en los términos señalados precedentemente.

**Decisión de segunda instancia**

De acuerdo con las razones que anteceden, esta Subsección modificará los ordinales segundo y tercero de la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, y adicionará un ordinal a esta, al cual le corresponderá la numeración 2 Bis. Para el efecto, quedará de la siguiente forma:

«**2.** Se declara la nulidad del oficio 4279 del 22 de febrero de 2013, por medio del cual el Municipio de Pereira niega el reconocimiento de la relación laboral reclamada por el señor Luis Elías Giraldo Mazuera, y el pago de prestaciones sociales correspondientes, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

En consecuencia, se declara la existencia del contrato realidad entre el señor Luis Elías Giraldo Mazuera y el municipio de Pereira durante los periodos comprendidos entre el entre el 4 de marzo y el 30 de diciembre de 2008; del 1.º de enero al 31 de diciembre de 2009; del 20 al 30 de diciembre de 2010; del 1.º de agosto al 30 de noviembre de 2011; del 2 de enero al 1.º de julio de 2012 y; del 1.º de agosto al 31 de octubre de 2012.»

«**2 Bis**. Declarar probada de manera oficiosa la excepción de prescripción extintiva de los derechos laborales y prestaciones sociales derivadas de los contratos u órdenes de prestación de servicios suscritos entre el señor Luis Elías Giraldo Mazuera y el municipio de Pereira, causadas durante los periodos contractuales comprendidos entre el 4 de marzo y el 30 de diciembre de 2008 y entre el 1.º de enero y el 31 de diciembre de 2009, excepto en lo relacionado con los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones.»

«**3.** Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condena al Municipio de Pereira a pagar en favor del demandante Luis Elías Giraldo Mazuera, las prestaciones sociales de orden legal a las cuales tiene derecho, tomando como base los honorarios contractuales derivados de los contratos y órdenes de prestación de servicios correspondientes a los períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral y que no fueron objeto de prescripción extintiva, es decir, entre el 20 y el 30 de diciembre de 2010; del 1.º de agosto al 30 de noviembre de 2011; del 2 de enero al 1.º de julio de 2012 y; del 1.º de agosto al 31 de octubre de 2012, dentro del marco de las consideraciones de este proveído.

Frente a los aportes a seguridad social en pensión, se condena al municipio de Pereira a tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional del demandante, entre el 4 de marzo y el 30 de diciembre de 2008; del 1.º de enero al 31 de diciembre de 2009; del 20 al 30 de diciembre de 2010; del 1.º de agosto al 30 de noviembre de 2011; del 2 de enero al 1.º de julio de 2012 y; del 1.º de agosto al 31 de octubre de 2012, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, 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 de seguridad social en pensiones durante el tiempo que duraron los 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.»

De igual forma se revocará el numeral 5 de la sentencia apelada, en el cual se reconoció en favor del demandante la compensación en dinero de las dotaciones de vestido y calzado de labor en los periodos del 4 de marzo de 2008 al 30 de diciembre de 2009 por haberse declarado la ocurrencia de la prescripción extintiva sobre dicho periodo contractual.

En lo demás, se confirmará la sentencia apelada por las razones expuestas en esta providencia.

**De la condena en costas**

Esta Subsección en providencia con ponencia del suscrito ponente[[45]](#footnote-45) 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[[46]](#footnote-46), 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 en costas a la parte demandada, con sustento en lo reglado por el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, toda vez que los argumentos de los recursos de apelación prosperaron parcialmente en esta instancia.

**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:** Modificar losordinales 2.º y 3.º de la sentencia del 29 de agosto de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda en el proceso que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, promovió el señor Luis Elías Giraldo Mazuera en contra del Municipio de Pereira, en los siguientes términos:

«**2.** Se declara la nulidad del oficio 4279 del 22 de febrero de 2013, por medio del cual el Municipio de Pereira niega el reconocimiento de la relación laboral reclamada por el señor Luis Elías Giraldo Mazuera, y el pago de prestaciones sociales correspondientes, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

En consecuencia, se declara la existencia del contrato realidad entre el señor Luis Elías Giraldo Mazuera y el municipio de Pereira durante los periodos comprendidos entre el entre el 4 de marzo y el 30 de diciembre de 2008; del 1.º de enero al 31 de diciembre de 2009; del 20 al 30 de diciembre de 2010; del 1.º de agosto al 30 de noviembre de 2011; del 2 de enero al 1.º de julio de 2012 y; del 1.º de agosto al 31 de octubre de 2012.»

«**3.** Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condena al Municipio de Pereira a pagar en favor del demandante Luis Elías Giraldo Mazuera, las prestaciones sociales de orden legal a las cuales tiene derecho, tomando como base los honorarios contractuales derivados de los contratos y órdenes de prestación de servicios correspondientes a los períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral y que no fueron objeto de prescripción extintiva, es decir, entre el 20 y el 30 de diciembre de 2010; del 1.º de agosto al 30 de noviembre de 2011; del 2 de enero al 1.º de julio de 2012 y; del 1.º de agosto al 31 de octubre de 2012, dentro del marco de las consideraciones de este proveído.

Frente a los aportes a seguridad social en pensión, se condena al municipio de Pereira a tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional del demandante, entre el 4 de marzo y el 30 de diciembre de 2008; del 1.º de enero al 31 de diciembre de 2009; del 20 al 30 de diciembre de 2010; del 1.º de agosto al 30 de noviembre de 2011; del 2 de enero al 1.º de julio de 2012 y; del 1.º de agosto al 31 de octubre de 2012, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, 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 de seguridad social en pensiones durante el tiempo que duraron los 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.»

**Segundo:** Adicionar un ordinal a la sentencia de primera instancia, el cual quedará de la siguiente forma:

«**2 Bis**. Declarar probada de manera oficiosa la excepción de prescripción extintiva de los derechos laborales y prestaciones sociales derivadas de los contratos u órdenes de prestación de servicios suscritos entre el señor Luis Elías Giraldo Mazuera y el municipio de Pereira, causadas durante los periodos contractuales comprendidos entre el 4 de marzo y el 30 de diciembre de 2008 y entre el 1.º de enero y el 31 de diciembre de 2009, excepto en lo relacionado con los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones.»

**Tercero:** Revocar el numeral 5 de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda por haberse declarado el fenómeno de la prescripción.

**Cuarto:** Confirmar en todo lo demás la sentencia apelada por las razones expuestas en esta providencia.

**Quinto:** Abstenerse de condenar en costas a la parte demandada, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia*.*

**Sexto:** 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**

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

1. Folios 70 a 78. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 74 a 75*.* [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 70 a 74. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 144 a 148 y CD a folio 149. [↑](#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 392 a 409 vto. [↑](#footnote-ref-8)
9. Según se indicó a folio 407 [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 413 a 416. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 417 a 425. [↑](#footnote-ref-11)
12. 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-12)
13. la vinculación legal y reglamentaria es la forma predominante de acceso a cargos públicos, la cual está dirigida a la vinculación de los empleados públicos. Por empleado público debe entenderse aquella persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

    De acuerdo con la jurisprudencia, los elementos que deben concurrir para que se admita que una persona se desempeña como empleado público son, en principio: i) la existencia del empleo en la planta de personal de la entidad; ii) la determinación de las funciones propias del cargo; y iii) la existencia de recursos para proveer el cargo. [↑](#footnote-ref-13)
14. La relación laboral contractual es la forma de vinculación de los trabajadores oficiales, la cual se realiza a través de contrato de trabajo de acuerdo con la normatividad prevista en el Código Sustantivo del Trabajo y normas concordantes. Estos, si bien desempeñan empleos públicos, cuentan con derechos y reglamentación propia.

    Así, el decreto 3135 de 1968 define que, en principio, trabajadores oficiales son aquellos que se dedican a la construcción y sostenimiento de obras públicas y, aquellos que prestan sus servicios en empresas industriales y comerciales del Estado, en este último caso con la excepción de quienes realicen actividades de dirección y confianza que ostentan la calidad de empleados públicos. [↑](#footnote-ref-14)
15. La vinculación a través de contratos de prestación de servicios, la cual se regula por el numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993. Las personas vinculadas a través de este sistema se denominan contratistas, quienes tienen por finalidad desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, siempre que estas no puedan ser ejercidas por el personal de planta o por que requieran de conocimientos especializados para ello. [↑](#footnote-ref-15)
16. «**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-16)
17. 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-17)
18. Ver sentencia C-614 de 2009. [↑](#footnote-ref-18)
19. 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-19)
20. C-614 de 2009. [↑](#footnote-ref-20)
21. **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-21)
22. Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16. [↑](#footnote-ref-22)
23. Según histórico de nóminas obrante en folios 25 a 34 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-23)
24. Así se advierte de los CPS 990, 096 [↑](#footnote-ref-24)
25. De acuerdo con las funciones determinadas en la cláusula segunda de los CPS 010, 090 y 091. [↑](#footnote-ref-25)
26. Según se desprende de los contratos 751, 1041 y 1682. [↑](#footnote-ref-26)
27. Para el efecto ver sentencia del 24 de agosto de 2017, Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Radicación 66001-23-33-000-2013-00155-01 (1470-14). [↑](#footnote-ref-27)
28. 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-28)
29. De acuerdo con el testimonio obrante en CD a folio 376 del expediente. [↑](#footnote-ref-29)
30. De acuerdo con el testimonio obrante en CD a folio 376 del expediente. [↑](#footnote-ref-30)
31. Ver folios 36 a 43. [↑](#footnote-ref-31)
32. Según certificación obrante a folio 35 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-32)
33. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de julio de 2018 en proceso con radicación 68001-23-33-000-2013-00689-01 (3300-2014). Isabel Vega Beltrán en contra del Municipio de Rionegro. [↑](#footnote-ref-33)
34. *Ídem.* [↑](#footnote-ref-34)
35. Ver folio 31 del expediente. [↑](#footnote-ref-35)
36. Ver folio 32. [↑](#footnote-ref-36)
37. «**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-37)
38. «**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-38)
39. 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-39)
40. 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-40)
41. Ver folios 4 a 8. [↑](#footnote-ref-41)
42. Ver folios 13 y 14. [↑](#footnote-ref-42)
43. «[…] 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-43)
44. 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-44)
45. 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-45)
46. “**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 a-l proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: […]” [↑](#footnote-ref-46)