**CONTRATO REALIDAD – Clases de vinculación al servicio público**

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 – 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. Por su parte, como características principales del contrato de prestación de servicios esta 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. 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

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Desnaturalización**

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) subordinada; 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. (…) 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. Ahora, en el sub examine, se tiene que la inconformidad de la parte demandada radica precisamente en que el tribunal concluyó que existía un contrato realidad sin que en el expediente se encontrara plenamente demostrado el elemento de la subordinación continuada, el cual resulta necesario para que se constituya la relación laboral. (…) precisa esta Subsección que quien pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral escondida bajo la modalidad de contratación por prestación de servicios, tiene el deber de demostrar, a través de los medios probatorios a su disposición, la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo. En el caso concreto y conforme con el recurso de apelación, debe analizarse si la parte demandante efectivamente demostró que, mientras fue contratado por prestación de servicios, estuvo bajo subordinación o dependencia continuada frente al municipio de Pereira

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Imprescriptibilidad de la pensión**

(…) las vinculaciones del demandante a la entidad fueron interrumpidas, discontinuas, pues, si bien es cierto, dichas intermitencias en algunos casos fueron por escasos días apenas, no es posible concluir de la prueba documental aportada que dichos periodos fuesen efectivamente laborados por el señor Salomón Medina. (…) Los dichos de los testigos dan cuenta es de la posibilidad de que el demandante solicitara permiso para ausentarse de su trabajo y, previa autorización de la institución educativa, de ser reemplazado por alguno de sus compañeros, lo que, a juicio de esta Corporación, no constituye una prestación de servicios a través de terceros, como lo quiere hacer ver el recurrente, sino una relación de coordinación en la prestación del servicio de los vigilantes, enmarcada en el poder de subordinación de la superior jerárquica, en tanto era esta quien autorizaba o no la ausencia temporal (permiso) del servidor y del personal que le reemplazaría en su actividad. Por consiguiente, contrario a lo manifestado por la parte apelante, la prueba testimonial no permitió acreditar que el contratista gozara de las condiciones de autonomía e independencia para prestar el servicio, para el cual fue contratado, en el sentido de que este se hiciera ya fuera personalmente o por intermedio de terceros; sino que, por el contrario, las declaraciones fueron responsivas, exactas y completas respecto a la prestación personal de la actividad por parte del señor Medina Puerta, razón por la cual se impone confirmar, en este sentido la sentencia apelada. Por otro lado, respecto a la causal de nulidad del acto administrativo demandado, toda vez que el apelante también alega como motivo de inconformidad de la sentencia de primera instancia que no se analizó dicha causal, la Subsección considera que se configuró la de infringir las normas en que debía fundarse, en tanto que el artículo 53 de la Constitución Política es una norma superior que genera derechos subjetivos a quien, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas, ejecutó una actividad de forma personal, bajo continuada subordinación y por la cual percibió una remuneración, por tanto, enmarcada dentro de una relación laboral que da lugar al reconocimiento de derechos salariales y prestacionales de carácter irrenunciables, como los que fueron objeto de condena por el a quo. En conclusión: Para la subsección, la prueba testimonial obrante en el proceso, permite determinar que se configuró el elemento de la prestación personal del servicio, contrario a lo afirmado por el apelante como argumento central de la alzada. Por ende, no se analizan los demás elementos de la relación laboral, situación de la cual se concluye que, en el caso del señor Salomón Medina Puerta, si se configuró la figura del contrato realidad.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

Bogotá, D.C., primero (1) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 66001-23-33-000-2014-00007-01(0812-15)**

**Actor: SALOMÓN MEDINA PUERTA**

**Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA**

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

**Ley 1437 de 2011**

**Sentencia O-126-2018**

**ASUNTO**

La Subsección decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 16 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda que accedió parcialmente a las pretensiones del señor Salomón Medina Puerta.

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

El señor Salomón Medina Puerta, 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 2971 del 8 de octubre de 2013, por medio del cual el municipio de Pereira negó el reconocimiento de la relación de carácter laboral entre el 1.º de febrero de 2008 y el 29 de febrero de 2012.
2. Declarar la existencia de la relación laboral entre el señor Salomón Medina Puerta y el municipio de Pereira entre el 1.º de febrero de 2008 y el 29 de febrero de 2012.

A título de restablecimiento del derecho solicitó lo siguiente:

1. Condenar al municipio de Pereira a liquidar y pagar la totalidad de las prestaciones sociales de ley al señor Salomón Medina Puerta, tales como a prima de servicios, prima de navidad y vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, dotación, bonificación por recreación, horas extras, dominicales, festivos, recargos y demás prestaciones, conforme a lo devengado por un empleado de planta con idénticas o similares funciones, durante el periodo que prestó el servicio, liquidadas conforme al valor pactado en el último contrato de prestación de servicios suscrito y ejecutado, indexados al momento en que se realice el pago.
2. Condenar al municipio de Pereira a pagar al señor Salomón Medina Puerta, a título de reparación integral del daño, los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud, que se debieron trasladar a los fondos respectivos durante el periodo acreditado en los contratos, sumas que deberán ser indexadas conforme a la ley.

1. Declarar que el tiempo laborado bajo la modalidad de órdenes de prestación de servicios sean computados para efectos pensionales.
2. Condenar al municipio de Pereira a pagar al señor Salomón Medina Puerta, a título de reparación integral del daño, 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 liquidar en favor del señor Salomón Medina Puerta las sumas dinerarias y ajustarlas en los términos del artículo «178 del CCA»
4. Que se condene a la demandada a pagar las costas ocasionadas con el proceso.

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

1. El señor Salomón Medina Puerta laboró como conserje – celador en instituciones educativas de Pereira, desde el 1.º de febrero de 2008 y hasta el 29 de febrero de 2012.
2. El municipio de Pereira, a través de su Secretaría de Educación, tiene en su planta de personal, empleados que cumplían funciones similares a las que desempeñaba el señor Salomón Medina Puerta.
3. La entidad demandada ha incurrido en un delito al no certificar el tiempo realmente laborado por el señor Medina Puerta.
4. El último salario devengado por el demandante para el año 2008 fue de $1.091.000.
5. Al demandante nunca se le reconocieron las prestaciones sociales a las cuales tenía derecho. Tampoco se le reconocieron ni cancelaron los aportes a seguridad social en salud y pensión, riesgos profesionales, ni fue beneficiario de ninguna caja de compensación familiar.

**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 87 vuelto obra prueba de que en la etapa de excepciones previas se indicó lo siguiente:

«[…] No ha sido propuesta por la parte demandada ninguna de las enlistadas en el numeral 6º del artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ni en el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, normatividad aplicable por expresa remisión del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así como tampoco el suscrito encuentra probada alguna de oficio. […]»

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 87 vuelto y 88, el Tribunal fijó el litigio así:

«[…] En este estado de la diligencia el suscrito magistrado de acuerdo con la demanda y su contestación, así como lo acabado de precisar por las partes, determina que el objeto del litigio se circunscribe a determinar la legalidad del acto administrativo demandado, bajo los precisos términos del concepto de la violación presentado por la apoderada judicial del accionante en cotejo de las normas que se dicen violadas, debiéndose analizar el siguiente problema jurídico:

Si entre el municipio de Pereira y el señor Salomón Medina Puerta existió una relación laboral, que lo hace acreedor al pago de prestaciones sociales y emolumentos que constituyan factor salarial, de acuerdo con la labor desempeñada. […]»

Decisión notificada en estrados sin manifestación al respecto por las partes.

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

El Tribunal Administrativo de Risaralda, en sentencia dictada por fuera de audiencia del 16 de septiembre 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 2971 del 08 de octubre de 2013, por medio del cual el ente territorial accionado, niega el reconocimiento de la relación laboral reclamada por el señor Salomón Medina Puerta, así como el pago de prestaciones sociales correspondientes, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**3.** En consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **SE ORDENA** al municipio de Pereira a reconocer al demandante Salomón Medina Puerta las prestaciones sociales de orden legal a las cuales tiene derecho tomando como base los honorarios contractuales derivados de los contratos de prestación de servicios correspondientes a los periodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, es decir, entre el 1 de febrero de 2008 al 30 de diciembre de 2009 y entre el 01 de julio de 2011 al 29 de febrero de 2012, dentro del marco de las consideraciones de esta providencia.

**4.** Asimismo, se ordena pagar al 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.

**5.** El tiempo laborado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicio, se debe computar para efectos pensionales.

[…]

**8.** se deniegan las demás súplicas de la demanda. […]»

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

El Tribunal concluyó que los extremos de la relación laboral discutida comprendían del 1.º de febrero de 2008 al 30 de diciembre de 2009 y del 1.º de julio de 2011 hasta el 29 de febrero de 2012. Ello, con sustento en la constancia expedida por la directora administrativa de prestaciones del servicio educativo y administración de plazas docentes.

De igual forma, sostuvo con base en la prueba testimonial practicada en el proceso que con dichos medios de conocimiento se demostró en debida forma que el demandante había prestado sus servicios al municipio de Pereira como celador de establecimientos educativos públicos de esa ciudad.

Agregó que las labores fueron desarrolladas por el señor Medina bajo el cumplimiento de un horario, el cual era desarrollado por turnos designados por los rectores de los planteles educativos, quienes a su vez tenían la calidad de autoridades encargadas de impartir órdenes y funciones que el demandante debía atender en desarrollo de su labor.

Lo anterior, consideró el *a quo*, permite inferir que en este caso existió una verdadera relación laboral, al concurrir sus elementos esenciales como la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración como contraprestación del servicio prestado.

Sostuvo que las labores ejercidas por un contratista, dedicado a prestar servicios de vigilancia, no pueden ejecutarse de forma autónoma por la naturaleza propia de la función, la cual debe ser permanente.

En ese sentido, indicó que el demandante no tenía libertad para llevar a cabo su función como celador, que este no desarrollaba labores de carácter científico, era necesaria la prestación personal del servicio, dentro de los horarios regulares de funcionamiento de la entidad, así como la remuneración estaba probada.

En consecuencia, consideró que estaba plenamente probado el ánimo de emplear al demandante de modo permanente y continuo para prestar los servicios de vigilancia, por lo que no se podía hablar de una relación esporádica u ocasional, situación que desdibujó la temporalidad o transitoriedad característica de los contratos de prestación de servicios.

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

El municipio de Pereira manifestó su inconformidad con la sentencia de primera instancia por los siguientes motivos:

En primer lugar, consideró que el tribunal omitió analizar las causales de nulidad del acto administrativo acusado. En ese sentido, indicó que el litigio debía tener como punto de partida dicha situación, pues sostuvo que las causales de nulidad de los actos administrativos son taxativas, razón por la cual, demostrada la causal determinada por la Ley, debía determinarse si se reconocía o no el derecho reclamado.

Para el ente territorial, «Alejarse de tal consideración implicaría de entrada asumir una competencia que no es propia de la Jurisdicción Administrativa, puesto que se estaría debatiendo la declaratoria de una relación laboral o del contrato realidad que corresponde exclusivamente a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, que es lo que se hizo precisamente al proferir la sentencia recurrida, pues desde el inicio de las consideraciones se comienza a analizar el fenómeno jurídico del contrato realidad abrogándose una competencia que no le atañe y desconociendo un punto esencial del debate procesal propuesto por el mismo juzgador en la audiencia inicial, como es el del análisis de las causales de la violación argumentada por la parte actora y la determinación de cuál causal se aplica a este asunto.»

Y agregó que, «Considerar de entrada el debate relativo a la existencia del fenómeno jurídico del contrato realidad, analizando el acervo probatorio desde este punto de vista para concluir que no existió un contrato de prestación de servicios sino una relación laboral, es ubicar el debate jurídico en otro medio de control, en otra acción, diferente a la promovida por el demandante en este asunto, pues se estarían analizando puntos relativos a una controversia nacida de un contrato y no el medio de control ejercido por el actor.»

El segundo motivo de inconformidad con la decisión del tribunal radicó en el erróneo análisis de la prueba testimonial allegada al expediente, esto, al ser valorada parcialmente sin tener en cuenta aspectos como los dichos del señor Miguel Ángel Ramírez quien manifestó que sí era posible ausentarse del trabajo, para lo cual debía autorizarse a otra persona para el reemplazo y que el contratista asumía el pago del turno.

Para el municipio, los testimonios que dan cuenta de la posibilidad de contratar a terceros para prestar el servicio originalmente suscrito entre el demandante y el ente territorial, «se sustentan en razones válidas, coherentes y en un conocimiento directo del contrato celebrado por el demandante con el municipio», situación que desdibuja el elemento de subordinación alegado y que, reitera, no fue tenido en cuenta por el fallador de instancia.

El tercer punto de desencuentro radicó en la omisión del tribunal de analizar la prescripción de manera oficiosa. Ello, en tanto que la relación laboral encubierta a través de los contratos de prestación de servicios suscritos y finalizados entre los años 2008 y 2009 debieron ser reclamados a más tardar el 30 de diciembre de 2011, lo cual no ocurrió, al señalar que la petición o reclamación conjunta se presentó tan solo el 23 de septiembre de 2013, es decir, transcurrieron más de los tres años que tenía legalmente para reclamar el derecho.

**ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**Parte demandante:** Guardó silencio en esta etapa según constancia secretarial obrante a folio 181 del expediente.

**Municipio de Pereira**[[10]](#footnote-10)**:** La entidad demandada reiteró los argumentos expuestos en su recurso de apelación.

**Concepto del Ministerio Público[[11]](#footnote-11):** La procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación solicitó confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

**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 el recurso de apelación interpuesto.

**Problemas jurídicos**:

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

1. ¿En el caso del señor Salomón Medina Puerta se comprobaron los elementos constitutivos para determinar la existencia de una relación laboral con el municipio de Pereira, pese a haber sido contratado por prestación de servicios?

En caso afirmativo,

1. ¿En el *sub lite*, hay lugar a declarar probada, oficiosamente, la excepción de prescripción extintiva del derecho, al haber trascurrido más de tres años entre la finalización de vínculo contractual y la reclamación administrativa?

**Primer problema jurídico**

¿En el caso del señor Salomón Medina Puerta se comprobaron los elementos constitutivos para determinar la existencia de una relación laboral con el municipio de Pereira, pese a haber sido contratado por prestación de servicios?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: En el caso del señor Medina Puerta si se demostró la configuración de los elementos constitutivos de la relación laboral. Lo anterior se sustenta en las razones que se suscitan a continuación:

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 esta 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).

Ahora bien, 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)** subordinada; 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.[[21]](#footnote-21)

Ahora, en el *sub examine*, se tiene que la inconformidad de la parte demandada radica precisamente en que el tribunal concluyó que existía un contrato realidad sin que en el expediente se encontrara plenamente demostrado el elemento de la subordinación continuada, el cual resulta necesario para que se constituya la relación laboral.

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

En el caso concreto y conforme con el recurso de apelación, debe analizarse si la parte demandante efectivamente demostró que, mientras fue contratado por prestación de servicios, estuvo bajo subordinación o dependencia continuada frente al municipio de Pereira.

Conforme con la documentación obrante en el expediente y aportada por la parte demandante, el señor Salomón Medina Puerta fue vinculado al municipio de Pereira, de la siguiente forma:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **N.° de contrato** | **Periodo** | **Valor** | **Objeto** | **Folios** |
| CPS 723 | 01/02/08 a 01/03/08 (30 días) | $817.166 | Prestar servicios de portería en la I.E. Boyacá del municipio de Pereira | 2-3 |
| CPS 1056 | 04/03/08 a 30/11/08 (9 meses, 26 días) | $8.062.704 ($817.166 mensual) | *Ibidem* | 4 |
| CPS 154 | 01/01/09 a 31/12/09 (12 meses) | $10.639.500  ($886.625 mensual) | *Ibidem* | 5-6 |
| CPS 165 | 01/07/11 a 31/10/11 (4 meses) | $4.235.796 ($1.058.949 mensual) | Prestar servicios de conserjería en la I.E. Carlota Sánchez del municipio de Pereira | 7-8 |
| CPS 165 Adición | 01/11/11 a 31/12/11 (2 meses) | $2.117.898 ($1.058.949 mensual) | *Ibidem* | 9-10 |
| CPS 164 | 02/01/12 a 01/03/12 (2 meses) | $2.182.000 ($1.091.000 mensual) | *Ibidem* | 11-12 |

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

1. del 1.º de febrero al 1.º de marzo de 2008;
2. del 4 de marzo al 30 de noviembre de 2008;
3. del 1.º de enero al 31 de diciembre de 2009;
4. del 1.º de julio al 31 de diciembre de 2011 y;
5. del 2 de enero al 1.º de marzo de 2012.

En el presente caso, las vinculaciones del demandante a la entidad fueron interrumpidas, discontinuas, pues, si bien es cierto, dichas intermitencias en algunos casos fueron por escasos días apenas, no es posible concluir de la prueba documental aportada que dichos periodos fuesen efectivamente laborados por el señor Salomón Medina.

Ahora, una vez determinados los extremos sobre los cuales se discute la existencia de la relación laboral, para la Subsección, debe aclararse un punto en torno a la censura, según el cual, la posibilidad de prestar el servicio a través de otras personas desacreditó el elemento de la subordinación.

Para el efecto, el apelante erró en cuanto al elemento de la relación laboral que, en su criterio, no se demostró fehacientemente su ocurrencia para declarar la existencia del contrato realidad toda vez que, la posibilidad de prestar el servicio contratado a través de un tercero lo que desdibuja del contrato es el elemento esencial de la prestación personal del servicio, es decir, el elemento *intuito personae*, en tanto que el trabajador contratado no puede ser sustituido por otra persona, y no el de la subordinación o dependencia continuada.

Así, en el recurso de apelación se hizo alusión a que la prueba testimonial no fue valorada integralmente por el tribunal en cuanto, según el dicho de los testigos, el señor Medina Puerta tenía la facultad para contratar con terceros la prestación del servicio. Sin embargo, la Corporación no advierte de las declaraciones del señor Orlando López Galvis y Miguel Ramírez que se hubiere acreditado dicha situación.

En primer lugar, el señor López Galvis indicó[[22]](#footnote-22):

«[…] **Preguntado:** ¿Diga si le consta que, si Salomón Medina Puerta podía retirarse del establecimiento en cualquier momento sin necesidad de pedir autorización alguna? **Contestó:** No. No podía. Si uno necesitaba ir a una diligencia o un turno médico, tenía que pedirle permiso a ella pa’ que autorizara un mismo compañero del colegio, para que le hiciera el turno a uno. […]» (Subrayas de la Corporación)

Por su parte, el señor Miguel Ramírez declaró lo siguiente[[23]](#footnote-23):

«[…] **Preguntado:** ¿Si Salomón podía retirarse del lugar de trabajo en cualquier momento y llevar a una persona que él considerara para suplirlo o remplazarlo o, por el contrario, debía tener autorización para retirarse del lugar de trabajo? **Contestó:** Solo se podía uno retirar dejando, él se podía retirar dejando de remplazo un compañero y en pleno convenio con la rectora. Decirle a la rectora “yo voy a … ¿está de acuerdo con que fulano me remplace?Pero tenía que ser uno de los mismos compañeros de ahí, de resto no. No se podía retirar del puesto de trabajo, debía permanecer ahí. […] **Preguntado:** ¿Usted acaba de manifestar que, el señor Salomón, podía, en algunas ocasiones, retirarse del establecimiento con autorización de la rectora y encargando a otra persona? **Contestó:** Pero encargando a un compañero y muchas veces al compañero había que darle algo pa’ que lo remplazara. **Preguntado:** ¿Hubo alguna vez una negativa ante esa solicitud de que el pudiera reemplazar su turno con otra persona? **Contestó:** No, en cuanto se hablara con la, honradamente con la rectora, ella, si era un compañero casi no se oponía. Pocas veces se oponía. **Preguntado:** Usted acaba de mencionar ahorita que a ese compañero que lo reemplazaba había que pagarle un dinero, ¿quién asumía ese pago de ese dinero a ese compañero para reemplazar el turno? **Contestó:**  En esas ocasiones uno mismo. Pagarle uno mismo. Decirle “vea, yo le voy a dar tanto por el turno que me hizo”. Había veces en que el compañero de pronto no le cobraba “no dejemos así, después me remplaza usted a mí”, pero sí había que pagarle el turno. […]» (Subrayas de la Corporación)

En ese sentido, los dichos de los testigos dan cuenta es de la posibilidad de que el demandante solicitara permiso para ausentarse de su trabajo y, previa autorización de la institución educativa, de ser reemplazado por alguno de sus compañeros, lo que, a juicio de esta Corporación, no constituye una prestación de servicios a través de terceros, como lo quiere hacer ver el recurrente, sino una relación de coordinación en la prestación del servicio de los vigilantes, enmarcada en el poder de subordinación de la superior jerárquica, en tanto era esta quien autorizaba o no la ausencia temporal (permiso) del servidor y del personal que le reemplazaría en su actividad.

Por consiguiente, contrario a lo manifestado por la parte apelante, la prueba testimonial no permitió acreditar que el contratista gozara de las condiciones de autonomía e independencia para prestar el servicio, para el cual fue contratado, en el sentido de que este se hiciera ya fuera personalmente o por intermedio de terceros; sino que, por el contrario, las declaraciones fueron responsivas, exactas y completas respecto a la prestación personal de la actividad por parte del señor Medina Puerta, razón por la cual se impone confirmar, en este sentido la sentencia apelada.

Por otro lado, respecto a la causal de nulidad del acto administrativo demandado, toda vez que el apelante también alega como motivo de inconformidad de la sentencia de primera instancia que no se analizó dicha causal, la Subsección considera que se configuró la de infringir las normas en que debía fundarse, en tanto que el artículo 53 de la Constitución Política es una norma superior que genera derechos subjetivos a quien, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas, ejecutó una actividad de forma personal, bajo continuada subordinación y por la cual percibió una remuneración, por tanto, enmarcada dentro de una relación laboral que da lugar al reconocimiento de derechos salariales y prestacionales de carácter irrenunciables, como los que fueron objeto de condena por el *a quo.*

**En conclusión:** Para la subsección, la prueba testimonial obrante en el proceso, permite determinar que se configuró el elemento de la prestación personal del servicio, contrario a lo afirmado por el apelante como argumento central de la alzada. Por ende, no se analizan los demás elementos de la relación laboral, situación de la cual se concluye que, en el caso del señor Salomón Medina Puerta, si se configuró la figura del contrato realidad.

**Segundo problema jurídico**

¿En el caso concreto, hay lugar a declarar probada, oficiosamente, la excepción de prescripción extintiva del derecho, al haber trascurrido más de tres años entre la finalización de vínculo contractual y la reclamación administrativa?

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 por la existencia de la relación laboral, al haber transcurrido más de tres años entre la finalización de los vínculos contractuales y la reclamación del derecho ante la autoridad pertinente, como pasa a explicarse:

En materia de derechos laborales de los empleados públicos, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968[[24]](#footnote-24) y 102 del Decreto 1848 de 1969[[25]](#footnote-25) (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[[26]](#footnote-26):

«[…] 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.[[27]](#footnote-27)

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 26 de septiembre de 2013[[28]](#footnote-28), y por tratarse de vinculaciones interrumpidas al servicio público, el término para contar la prescripción extintiva debe empezar a correr a partir de la finalización de cada uno de los periodos laborados.

Colofón de lo anterior, los derechos prestacionales derivados de los periodos de vinculación laboral comprendidos entre:

* El 1.° de febrero de 2008 y el 1.° de marzo de 2008;
* El 4 de marzo de 2008 y el 30 de noviembre de la misma anualidad y;
* El 1.° de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2009, se encuentran prescritos al no haber sido presentada la reclamación de reconocimiento de la relación laboral a más tardar dentro de los tres años siguientes a la fecha de finalización de cada uno de ellos, toda vez que se reitera, se radicó el 26 de septiembre de 2013.

No ocurre lo mismo con los periodos comprendidos entre el 1.º y el 31 de julio de 2011 y entre el 2 de enero y el 1.º de marzo 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.

No obstante, 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[[29]](#footnote-29). Dicha regla jurisprudencial tiene fundamento en: i) la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales[[30]](#footnote-30); ii) el principio *in dubio pro operario[[31]](#footnote-31)*; iii) el derecho constitucional fundamental a la igualdad[[32]](#footnote-32) y; iv) el principio de no regresividad en armonía con el mandato de progresividad[[33]](#footnote-33).

De igual forma, la sentencia de unificación en cita ordenó al juez administrativo estudiar en todos los casos en los que proceda el reconocimiento de la relación laboral o contrato realidad, aun así no se haya solicitado expresamente, lo concerniente a las cotizaciones adeudadas por la administración al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Y en consecuencia, precisó que la imprescriptibilidad frente a los aportes a seguridad social en pensiones no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, sino en relación con las cotizaciones adeudadas al Sistema General de Seguridad Social que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

Para el efecto, indicó que la administración se encuentra en la obligación de determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía al empleador.

De conformidad con los razonamientos precedentes, considera esta Subsección que al señor Salomón Medina Puerta 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 por los periodos contractuales causados desde el 1.º de febrero de 2008 hasta el 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[[34]](#footnote-34) del demandante, dentro de los periodos laborados ya fuera por prestación de servicios o por contrato de trabajo a través de intermediarios, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por el señor Medina Puerta 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 Salomón Medina Puerta prescribieron las prestaciones sociales a que tendría derecho, causadas con anterioridad al 31 de diciembre de 2009. No obstante lo anterior, el demandante tiene derecho a que el municipio de Pereira realice las cotizaciones a pensión, por tratarse de una prestación imprescriptible, en los términos descritos anteriormente.

**Decisión de segunda instancia**

De acuerdo con las razones que anteceden, esta Subsección adicionará un numeral a la sentencia apelada en el sentido de declarar probada, de oficio, la excepción de prescripción extintiva respecto a los periodos laborados en los años 2008 y 2009; además se modificarán los numerales 3 y 4, los cuales quedarán así:

«**3.** En consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **SE CONDENA** al municipio de Pereira a reconocer al demandante Salomón Medina Puerta las prestaciones sociales de orden legal a las cuales tiene derecho tomando como base los honorarios contractuales derivados de los contratos de prestación de servicios correspondientes a los periodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral y que no fueron objeto de prescripción extintiva, es decir, entre el 01 de julio de 2011 y el 29 de febrero de 2012, descontando los periodos en que existió interrupción en la prestación del servicio, dentro del marco de las consideraciones de esta providencia.»

«**4. SE CONDENA** al municipio de Pereira a tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional del demandante, desde el 1.° de febrero de 2008 hasta el 29 de febrero de 2012, excepto en los periodos de interrupción de los contratos de prestación de servicio, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, tendrá la obligación de 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.»

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[[35]](#footnote-35) sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA; en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

1. El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio *«subjetivo» –CCA-* a uno *«objetivo valorativo» –CPACA*-.
2. Se concluye que es *«objetivo»* porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
3. Sin embargo, se le califica de *«valorativo»* porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
4. La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
5. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
6. La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP[[36]](#footnote-36), previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
7. Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso la Corporación se abstendrá de condenar 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 del recurso de apelación fueron parcialmente aceptados 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:** Adicionar el siguiente ordinal a la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2014 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, el cual quedará así:

«**PRIMERO BIS:** **Declarar probada de oficio** la prescripción parcial de los derechos reconocidos derivados de los contratos de prestación de servicios celebrados entre el demandante y el municipio de Pereira, entre el 1.° de febrero de 2008 y el 30 de diciembre de 2009, excepto frente a los aportes en seguridad social en pensiones que la entidad debió realizar en su calidad de empleadora.»

**Segundo:** Modificar los numerales 3 y 4 de la sentencia de primera instancia, los cuales quedarán así:

«**3.** En consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **SE CONDENA** al municipio de Pereira a reconocer al demandante Salomón Medina Puerta las prestaciones sociales de orden legal a las cuales tiene derecho tomando como base los honorarios contractuales derivados de los contratos de prestación de servicios correspondientes a los periodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral y que no fueron objeto de prescripción extintiva, es decir, entre el 01 de julio de 2011 y el 29 de febrero de 2012, descontando los periodos en que existió interrupción en la prestación del servicio, dentro del marco de las consideraciones de esta providencia.»

«**4. SE CONDENA** al municipio de Pereira a tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional del demandante, desde el 1.° de febrero de 2008 hasta el 29 de febrero de 2012, excepto en los periodos de interrupción de los contratos de prestación de servicio, 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.»

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

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

**Quinto:** 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**

Relatoria JORM

1. Folios 24 a 39. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 27*.* [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 24 a 26. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 81 a 83 y CD a folio 85. [↑](#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 112 a 123. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 128 a 134. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 167 a 174*.*  [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 175 a 180. [↑](#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. Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16. [↑](#footnote-ref-21)
22. Testimonio grabado en Cd obrante a folio 89 [↑](#footnote-ref-22)
23. Ídem [↑](#footnote-ref-23)
24. «**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-24)
25. «**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-25)
26. 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-26)
27. 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-27)
28. Ver folio 15 vuelto. [↑](#footnote-ref-28)
29. «[…] 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-29)
30. «[…] que se orienta a que las prerrogativas reconocidas en las preceptivas que rigen la relación entre empleadores y trabajadores no se modifiquen en perjuicio de estos últimos, por cuanto tienen relación directa con el mejoramiento constante del nivel de vida y la dignidad humana.» [↑](#footnote-ref-30)
31. «[…] conforme al cual en caso de duda ha de prevalecer la interpretación normativa más favorable a los intereses del trabajador, premisa contenida tanto en el artículo 53 de la Constitución Política como en el 21 del Código Sustantivo del Trabajo.» [↑](#footnote-ref-31)
32. «[…] en virtud del cual el Estado debe propender por un trato igualitario para todos aquellos que prestan (o han prestado) sus servicios al Estado bajo una verdadera relación laboral, cualquiera que sea su denominación (servidor público o contratista), a quienes habrá de protegerse especialmente la posibilidad de acceder a un derecho pensional.» [↑](#footnote-ref-32)
33. «[…] que implica el avance o desarrollo en el nivel de protección de los trabajadores, en armonía con el mandato de progresividad, que se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad […]» [↑](#footnote-ref-33)
34. Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios. [↑](#footnote-ref-34)
35. Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi. [↑](#footnote-ref-35)
36. “**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: […]” [↑](#footnote-ref-36)