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

En principio cabe precisar que respecto de los contratos estatales de prestación de servicios la Ley 80 de 1993, en su artículo 32 (…) el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Diferencia contrato laboral**

La honorable Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de las expresiones «no puedan realizarse con personal de planta o» y «En ningún caso...generan relación laboral ni prestaciones sociales» contenidas en el precitado numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80, en sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997, precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral (…) el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada. (…) Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos. En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Elemento de permanencia**

La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Desnaturalización**

El contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia. En otras palabras, el denominado «contrato realidad» aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales (…) De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Imprescriptibilidad de los derechos pensionales**

Por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, elementos de juicio que enmarcan el análisis del tema y que se tendrán en cuenta para decidir el asunto sub examine

**CONTRATO REALIDAD – No otorga la calidad de empelado público**

Se precisa que el pago de prestaciones sociales a que tiene derecho el accionante es consecuencia de la nulidad del acto acusado (oficio 31548 de 24 de octubre de 2013, de la secretaria de educación y de la directora administrativa de prestación del servicio y administración de plazas docentes), como se determinó en la referida sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, de la sección segunda de esta Corporación, a título de restablecimiento del derecho; pero ello no conlleva reconocerle el estatus de empleado público, ya que tal condición presupone la existencia de un acto administrativo que disponga el nombramiento, de la posesión del cargo y de la disponibilidad presupuestal; por esta misma razón, tampoco le asiste el derecho al reconocimiento de las diferencias salariales que podrían existir entre los servidores de planta que prestaban el servicio de vigilancia y lo por él devengado (cualquiera que haya sido su vinculación, esto es, prestación de servicios con el ente demandado o contrato laboral con Servitemporales SA), comoquiera que las prestaciones sociales reconocidas en esta sentencia se liquidan con base en el valor pactado como honorarios, porque, de lo contrario, se itera, sería otorgarle al demandante la calidad de empleado público, de la cual carece y, por ende, no es beneficiario de todas las condiciones salariales a las que tendría derecho un servidor de planta.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Objeto – autonomía del contratista en la ejecución del objeto contratado**

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

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION B**

**Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER**

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 66001-23-33-000-2014-00176-01(2281-16)**

**Actor: JORGE HÉCTOR RICO SALAZAR**

**Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA**

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Tema: Contrato realidad

Procede la Sala a decidir a decidir los recursos de apelación interpuestos por las partes accionada (ff. 870 a 878 c. 1-4) y demandante (ff. 879 a 890 c. 1-4) contra la sentencia de 29 de septiembre de 2015[[1]](#footnote-1), proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que accedió de manera parcial a las pretensiones de la demanda del epígrafe (ff. 847 a 862 c. 1-4).

**I. ANTECEDENTES**

**1.1 Medio de control** (ff. 679 a 700 c. 1-3). El señor Jorge Héctor Rico Salazar, por conducto de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra el municipio de Pereira para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

**1.2 Pretensiones.** Se declare (i) la nulidad del oficio 31548 de 24 de octubre de 2013, suscrito por las señoras secretaria de educación y directora administrativa de prestación del servicio y administración de plazas docentes del municipio de Pereira, que negó al actor el reconocimiento y pago del reajuste salarial y de prestaciones sociales, y (ii) la existencia de una relación de carácter laboral con la entidad accionada.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se condene al municipio de Pereira - secretaría de educación (i) pagar las prestaciones sociales por el período en que ejerció sus labores, como primas de vacaciones y navidad, cesantías, intereses y sanción moratoria sobre estas, vacaciones, auxilios de alimentación y transporte, horas extras, dominicales, festivos y recargos; asimismo, los incrementos salariales que resulten por el reconocimiento de lo pretendido; (ii) devolver los aportes realizados al sistema general de seguridad social; (iii) reajustar los valores que le fueron cancelados durante el tiempo que estuvo vinculado por intermedio de la empresa Servicios Temporales (Servitemporales SA)[[2]](#footnote-2); y (iv) asumir costas procesales.

**1.3 Fundamentos fácticos.** Relata el accionante que trabajó para la secretaría de educación del municipio de Pereira, a través de contratos de prestación de servicios, desde el 1.° de mayo de 2005 hasta el 29 de febrero de 2012, con algunas interrupciones, y se desempeñó como vigilante de instituciones educativas del mencionado ente territorial, con notoria subordinación y funciones como: (i) cumplir turnos de 12 horas asignados por el correspondiente rector, (ii) cuidar zonas designadas, (iii) controlar la entrada y salida de personas, vehículos y objetos, (iv) velar por el mantenimiento y conservación de los mecanismos de seguridad y bienes, (v) estar atento en la prevención o control de situaciones de emergencia y (vi) advertir acerca de las anomalías detectadas durante su turno.

Asevera que el demandado durante los períodos del 1.° de enero al 1.° de diciembre de 2010 y del 1.° de enero al 30 de junio de 2011, lo vinculó por intermedio de la empresa de Servitemporales SA como «*trabajador en misión-conserje*»; y, a pesar de que durante esos interregnos le fueron canceladas las prestaciones sociales ordinarias y los recargos nocturnos, lo cierto es que se calcularon sobre un salario menor de aquel que reciben los vigilantes con relación legal y reglamentaria.

Dice que la secretaría de educación de Pereira cuenta con personal administrativo de planta que ejerce funciones similares, sin embargo, mientras este tiene derecho a todas las prestaciones de ley, a él, no se las reconocen, como tampoco el pago de afiliación al sistema de seguridad social. Por ello, solicitó del accionado el reconocimiento de sus prestaciones sociales, lo que le fue despachado de manera desfavorable a través del acto acusado.

**1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** Cita como normas violadas por el acto administrativo acusado los artículos 2, 4, 6, 13, 25, 28, 53, 90, 209, 229 y 300 de la Constitución Política; 1, 5, 6 y 8 del Decreto 3135 de 1968; los Decretos 1848 de 1969 y 1295 de 1994; y las Leyes 21 de 1982, 50 de 1990 y 100 de 1993.

Arguye el actor que con la determinación impugnada se le trasgreden sus derechos, por cuanto las labores para las cuales fue contratado encuadran dentro de una relación de naturaleza legal y reglamentaria y de manera evidente aparecen los elementos esenciales del contrato de trabajo.

Expresa que«[*…*] *la autonomía y la independencia del contratista constituye el elemento esencial del contrato de prestación de servicios, circunstancia que no es aplicable en el presente caso, al considerar que está plenamente probado que* [*…*] *prestó sus servicios como vigilante de establecimientos educativos, cargo existente en la* [p]*lanta de* [p]*ersonal, cumpliendo funciones permanentes, contradiciendo el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pues* [*…*] *no requería conocimientos técnicos ni especializados, y tuvo que cumplir un horario laboral,* [*…*] *además prestó personalmente el servicio y su trabajo se prolongó durante varios años, no se le permitía cumplir de forma independiente y autónoma sus funciones, pues* [*…*] *cumplía horarios y órdenes expresas en los contratos escritos y bajo dependencia de jefes inmediatos como lo son los rectores de los colegios en donde se prestó el servicio*».

Que se quebranta el principio de igualdad, ya que a situaciones idénticas no puede dárseles un trato discriminatorio como sucede con la planta personal del municipio de Pereira, en el que a las personas vinculadas por contratos u órdenes de prestación de servicios no se les reconoce una relación laboral con todas las prerrogativas, como sí a quienes laboran por nombramiento y posesión.

**1.5 Contestación de la demanda** (ff. 727 a 736 c. 1-3). El ente territorial, a través de apoderada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones; respecto de los hechos dice que algunos son ciertos y otros no.

Aduce que el vínculo con el accionante era de carácter contractual, regido por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sin que a partir de este se deduzca subordinación, comoquiera que se le permitió laborar en condiciones dignas, justas y con independencia a cambio de honorarios por su trabajo.

Sostiene que «[…] *en tratándose de Contratista, no existe una relación jerárquica, es decir la figura de jefe, sino la figura de contratante o la de interventor según sea el caso* […]», y«[…] *es a penas obvio, que el rector del Colegio sea la persona a quien la Secretar*[í]*a de Educación nombre como interventor de los contratos de prestación de servicios de los vigilantes* [*…*] *pues a todas luces* [e]*stos empleados públicos son las personas idóneas para certificar si el contratista cumplió efectivamente con el objeto del contrato que es la vigilancia del plantel educativo. Y es a penas lógico que tuviera que cumplir las obligaciones del contrato mismo, porque regularmente los rectores de cada institución educativa son los interventores del contrato*».

**1.6 Providencia apelada** (ff. 847 a 862 c. 1-4). El Tribunal Administrativo de Risaralda, en sentencia de 29 de septiembre de 2015[[3]](#footnote-3), accedió parcialmente a las súplicas de la demanda (con condena en costas), porque declaró la nulidad del acto administrativo acusado y reconoció, con base en el principio de la realidad sobres las formas (artículo 53 de la Constitución Política), que existió una relación laboral velada bajo contratos de prestación de servicios, durante los siguientes períodos: 1.° de mayo de 2005 a 30 de diciembre de 2009 y 1.° de julio de 2011 a 29 de febrero de 2012.

Lo anotado al considerar que, en ejecución de esos contratos, el actor trabajó para el ente demandado bajo el cumplimiento de horarios y turnos asignados por los rectores de los establecimientos educativos en que ejerció funciones de vigilancia, sin libertad para hacerlo, de manera personal y permanente, a cambio de la remuneración pactada.

En virtud de lo anterior, ordenó reconocer al accionante «[...] *las prestaciones sociales de orden legal a las cuales tiene derecho tomando como base los honorarios contractuales*» percibidos en los aludidos lapsos, así como pagarle «*los porcentajes de cotización correspondientes* *a pensión y salud* *que* *debió trasladar a los Fondos respectivos, durante el período acreditado en que prestó sus servicios*»; y determinó que el tiempo laborado se deben computar para efectos pensionales.

Se abstuvo de ordenar el reconocimiento (i) de las diferencias salariales entre lo que se canceló en virtud de las órdenes de prestación de servicios y el sueldo devengado por un vigilante de planta, pues al aceptarse el contrato realidad debe respetarse los honorarios pactados; (ii) de las prestaciones ordinarias durante el tiempo de vinculación a través de Servitemporales SA, porque de hacerlo «*propiciarían un enriquecimiento sin justa causa*» al haberse demostrado que dicha empresa le pagó prestaciones sociales y le efectuó los descuentos para la seguridad social; y (iii) del trabajo suplementario por ausencia de material probatorio que permita constatar que tiene derecho a tiempos distintos a los que ya le fueron reconocidos y cancelados por la demandada.

**1.7 Recursos de apelación:**

**1.7.1 Parte demandada** (ff. 870 a 878 c. 1-4). El accionado, inconforme con la decisión, pide que sea revocada, puesto que son las necesidades de la Administración las que imponen acudir a la figura legal de la vinculación a través de órdenes de prestación de servicios, la cual está regulada en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Que el *a quo* incurrió en un error al concluir que el actor estaba subordinado por cumplir un horario de trabajo, ya que «[...] *sería absurdo que contratistas encargados del aseo y vigilancia, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria o extraordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita.* ***En vez de una subordinación, lo que surge es una actividad coordinada*** *con la faena diaria de la entidad, basada en las cláusulas contractuales*».

Por último, destaca que el despacho no se pronunció sobre la prescripción extintiva de los derechos, y que la misma operó en relación con los contratos suscritos tres años atrás de la fecha en que se formuló la reclamación en sede administrativa.

**1.7.2 Parte demandante** (ff. 879 a 890 c. 1-4). El actor formula recurso de apelación (parcial), en el que insiste en que se ordene a la demandada al pago de (i) el trabajo suplementario, toda vez que «[...] *quedó demostrado con la Circular No. 07 de 2006, suscrita por el Secretario de Educación Municipal de Pereira dirigida a los Rectores de los establecimientos educativos en las que les ordena que los turnos del día domingo sean cubiertos por celadores vinculados por órdenes de prestación de servicios* [...]»*;* (ii) las diferencias salariales y prestacionales «[...] *en el período en el que fue contratado a través de la empresa de servicios temporales, SERVITEMPORALES S.A.*», porque en ese tiempo cumplió las mismas labores que un celador de planta, quien devenga un salario mayor al que le fue reconocido; y (iii) de la sanción moratoria contabilizada «[...] *desde el día siguiente a la terminación del último contrato de prestación de servicios hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la obligación*».

**II. TRÁMITE PROCESAL**

Los recursos interpuestos fueron concedidos en audiencia de 21 de enero de 2016 (ff. 904 y 905 vuelto c. 1-4) y admitidos por esta Corporación a través de auto de 23 de junio de 2017 (f. 918 c. 1-4), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 del CPACA.

**2.1 Alegatos de conclusión**. Admitidos los recursos de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, con proveído de 15 de septiembre de 2017[[4]](#footnote-4), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad en la que guardaron silencio, según informe secretarial obrante en el folio 928 del cuaderno 1-4 del expediente.

**III. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**3.1 Competencia.** Conforme a la preceptiva del artículo 150 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer del presente litigio en segunda instancia.

**3.2 Problema jurídico**. Corresponde a la Sala determinar (i) si al demandante le asiste razón jurídica o no para reclamar del municipio de Pereira - secretaría de educación el pago de las prestaciones salariales y sociales no devengadas durante el tiempo que permaneció vinculado como vigilante, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre formalidades, o, por el contrario, si los contratos de prestación de servicios (o cualquiera que sea su denominación) que celebró con dicha entidad territorial se ajustan a la normativa legal vigente, por cuanto no se configuraron los elementos de subordinación y continua dependencia que alega, propios de una relación laboral; (ii) si opera el fenómeno de la prescripción respecto de los derechos prestacionales frente a algunos contratos; y (iii) si hay lugar a ordenar el pago del trabajo suplementario, de las diferencias salariales y prestacionales durante el lapso que laboró a través de Servitemporales SA y la sanción moratoria.

**3.3 Marco normativo y jurisprudencial.** En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta del caso concreto.

En principio cabe precisar que respecto de los contratos estatales de prestación de servicios la Ley 80 de 1993, en su artículo 32 (numeral 3), dispone:

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.

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

Por su parte, la honorable Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de las expresiones «*no puedan realizarse con personal de planta o*» y «*En ningún caso...generan relación laboral ni prestaciones sociales*» contenidas en el precitado numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80, en sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997[[5]](#footnote-5), precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, así:

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.

Ahora bien, el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968[[6]](#footnote-6), «*Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil* [*…*]», dispone:

Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.

La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009, al señalar la permanencia, entre otros criterios, como un elemento más que indica la existencia de una relación laboral. Frente al tema, expuso:

La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos.

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

En otras palabras, el denominado «*contrato realidad*» aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales[[7]](#footnote-7).

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda[[8]](#footnote-8) recordó que (i) la subordinacióno dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, elementos de juicio que enmarcan el análisis del tema y que se tendrán en cuenta para decidir el asunto *sub examine.*

**3.4 Hechos probados.** El material probatorio traído al plenario da cuenta de los hechos a los cuales se refiere la presente demanda, en tal virtud, se destaca:

1. Escrito del actor de 15 de octubre de 2013[[9]](#footnote-9), en el que solicita de la secretaría de educación de Pereira el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y «*el trabajo suplementario*» por el período en que ejerció sus labores como vigilante vinculado a través de órdenes de prestación de servicios; asimismo, la devolución de los aportes realizados al sistema general de seguridad social y el reajuste de los valores que le fueron cancelados durante el tiempo que estuvo contratado como «*conserje con iguales funciones*», pero por intermedio de Servitemporales SA[[10]](#footnote-10) (ff. 2 a 8 c. ppal. 1)
2. Oficio 31548 de 24 de octubre de 2013, proferido por las señoras secretaria de educación y directora administrativa de prestación del servicio y administración de plazas docentes de Pereira, por el cual resuelven de manera negativa la petición descrita en la letra anterior, en el sentido de que «*En ningún caso estos contratos* [de prestación de servicios] *generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebran por el término estrictamente indispensable*»[[11]](#footnote-11).
3. Constancia expedida por la directora administrativa de prestación del servicio educativo y administración de plazas docentes[[12]](#footnote-12), que da cuenta de que el accionante «*suscribió* *órdenes de Prestación de Servicios y contratos desde el año 2008* [sic]*, en el municipio de Pereira como CONSERJE, en el último año prestó sus servicios en la Institución Educativa MATECAÑA*»;asimismo, aporta copia de los siguientes contratos de prestación de servicios celebrados entre la secretaría de educación de Pereira y el accionante[[13]](#footnote-13):
* Con el objeto de «[...] *garantizar la seguridad a los establecimientos educativos de naturaleza oficial, para proteger los bienes muebles e inmuebles de los mismos y así lograr la prestación del servicio educativo con eficiencia y calidad, EL CONTRATISTA se obliga a restar los servicios de VIGILANCIA*», los siguientes:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Contrato No. | Desde | Hasta | Valor |
| Sin especificar | 1/5/2005 | 31/5/2005 | $730.000 |
| Sin especificar | 1/7/2005 | 30/7/2005 | $730.000 |
| Sin especificar | 1/9/2005 | 30/9/2005 | $730.000 |
| Sin especificar | 1/10/2005 | 31/10/2005 | $730.000 |

* Para «[...] *la vigilancia de los muebles e inmuebles del establecimiento educativo designado, el cual incluye además el de apoyar el control en el acceso y salida del establecimiento educativo del personal de educandos, docentes, personal administrativo y en general, la comunidad educativa*», estos:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Contrato No. | Desde | Hasta | Valor |
| 401 | 1/11/2005 | 31/12/2005 | $1.460.000 |
| 214 | 1/1/2006 | 31/01/2006 | $730.000 |
| 399 | 1/2/2006 | 31/3/2006 | $1.460.000 |
| 400 | 7/4/2006 | 31/5/2006 | $1.460.000 |
| 401 | 1/8/2006 | 31/8/2006 | $730.000 |
| 399 | 1/9/2006 | 31/9/2006 | $730.000 |
| 219 | 2/1/2007 | 28/2/2007 | $1.460.000 |
| 717 | 1/3/2007 | 30/4/2007 | $766.500 |
| 1235 | 1/5/2007 | 30/6/2007 | $766.500 |
| Sin especificar  | 1/7/2007 | 31/7/2007 | $127.750 |
| 2327 | 6/8/2007 | 30/9/2007 | $766.500 |
| 2903 | 1/10/2007 | 31/10/2007 | $766.500 |
| 3462 | 1/11/2007 | 30/11/2007 | $766.500 |
| 4037 | 1/12/2007 | 31/12/2007 | $766.500 |
| 227 | 2/1/2008 | 31/1/2008 | $817.166 |

* Con el propósito de «*Prestar los servicios de portería en el establecimiento educativo* [...] *que la Secretaría de Educación requiera* [...]», así:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Contrato No. | Desde | Hasta | Valor |
| 794 | 1/2/2008 | 29/2/2008 | $817.166 |
| 1126 | 3/3/2008 | 28/12/2008 | $817.266 |
| 91 | 1/1/2009 | 30/12/2009 | $886.625 |
| 207 | 20/12/2010 | 31/12/2010 | $720.000 |
| 240 | 1/7/2011 | 31/12/2011 | $1.058.949 |
| Sin especificar | 2/1/2012 | 29/2/2012 | $1.091.000 |

1. Circular 7 de 2006, mediante la cual el secretario de educación de Pereira fija a los rectores de los establecimientos educativos del aludido ente territorial, los parámetros del «*Manejo de personal Administrativo CELADORES*» (ff. 667 y 668 c. 1-3). En la misma se determina, entre otros aspectos, que la vinculación podrá ser de planta o a través de órdenes de prestación de servicios, el superior inmediato es el rector o interventor respectivamente, para el reconocimiento de horas extras se requiere autorización de la secretaría de educación municipal, que también hará visitas de verificación de cumplimiento.
2. Constancia expedida por el representante legal de Servitemporales SA, que certifica que el reclamante laboró como «*trabajador en misión para el municipio de Pereira*» del 1.° de enero al 1.° de diciembre de 2010 y del 1.° de enero al 30 de junio de 2011 (f. 54 c. ppal 1); y allega copia de los desprendibles de los períodos descritos que evidencian el pago mes a mes de los siguientes conceptos: «*DOMINICAL Y/O FERIADOS*», «*AUXILIO DE TRANSPORTE*», «*RECARGO NOCTURNO*», «*HORA EXTRA DIURNA*», «*HORA EXTRA NOCTURNA*», y de las deducciones con destino a «*PORVENIR SA*» y «*SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD*» (ff. 55 a 59 c. ppal 1)
3. Copias de las minutas de vigilancia remitidas por (i) la rectora de la institución educativa Aquilino Bedoya[[14]](#footnote-14) (ff. 66 a 228 c. ppal 1), y (ii) del rector del colegio Matecaña[[15]](#footnote-15) (fl. 284 a 439 c. 1-1), en las que se resume la manera cómo se hacía la entrega de turnos entre los celadores quienes indicaban de manera específica lo relacionado con los bienes muebles a su cargo.
4. En la audiencia de pruebas celebrada el 29 de julio de 2015, se recaudaron las siguientes declaraciones[[16]](#footnote-16).
* De la parte actora:

- José Doriel Nieto Henao, compañero de trabajo.

Afirma que conoce al actor porque «*laboraron en el Colegio Aquilino Bedoya en el 2005* [...]» y no le pagaban «*seguro y pensión*», sino que él mismo lo hacía. Le consta que recibía órdenes del rector del colegio, quien le asignaba los turnos; que siempre cumplió sus horarios; que nunca dejó su puesto solo.

Narra que el demandante entraba a trabajar a las 6 de la mañana y salía a las 6 de la tarde, y viceversa porque su jornada laboral era de 12 horas.

Agrega que trabaja como celador nombrado en provisionalidad, pero que conoce las diferencias salariales con uno de planta y el vinculado por órdenes de prestación de servicios o por intermedio de Servitemporales SA, porque al igual que el accionante tuvo esas relaciones laborales, y por lo mismo, le consta que todos los vigilantes obedecen al rector y deben pedir permiso para ausentarse.

- José Omar Hernández Bernal, compañero de trabajo.

Dice que conoce al actor porque en el 2005 también trabajó en el colegio Aquilino Bedoya «[...] *en donde los mandaba el rector*».

Expresa que el accionante cumplía un horario «[...] *de 12 horas por 24, de lunes a domingo y festivos* […]» y en «[...] *el tiempo de vacaciones lo*[s] *coloca*[ban] *a pintar, a lavar baños, hacer trabajos que no estaban dentro de* [sus] *funciones* [...]», que no podían ausentarse de su sitio de trabajo sin previo aviso al rector.

**5.5 Caso concreto.** De las pruebas anteriormente enunciadas, encuentra la Sala que el demandante prestó sus servicios mediante contratos de prestación de servicios en el municipio de Pereira para desempeñarse como vigilante, portero o conserje en varias instituciones educativas durante el lapso comprendido entre el 1.° de mayo de 2005 y el 29 de febrero de 2012, con algunas interrupciones (junio y agosto de 2005, julio de 2006, enero a 1.º diciembre de 2010 y enero a junio de 2011).

Ahora bien, se encuentra claramente demostrado con las copias de los contratos de prestación de servicios, la existencia de dos de los elementos de la relación laboral como son, por un lado, **la prestación personal del servicio**, en atención a que en efecto el reclamante fue contratado directa e individualmente por el municipio de Pereira para actividades de vigilancia y celaduría, lo que implica que fue quien prestó el servicio, y por otro, la **remuneración por el trabajo cumplido**, comoquiera que en dichos contratos u órdenes de prestación de servicios se estipuló un «*valor*» con cargo a los recursos presupuestales de la entidad, es decir, la suma de dinero que tenía derecho a percibir y la modalidad del pago, lo que se entiende como la remuneración pactada por el servicio o el trabajo prestado, independientemente de su denominación (honorarios o salario), y le era pagada de manera mensual, según la suma acordada en cada contrato.

En relación con la **subordinación**, como último elemento de la relación laboral, resulta procedente examinar la naturaleza de las funciones desempeñadas por el actor en el ente demandado y su verdadero alcance, con el fin de establecer si existió o no.

Lo primero que da cuenta de sus tareas es el contenido mismo de las órdenes y contratos de prestación de servicios, pues en ellas se refiere que fue vinculado para ejercer labores de celaduría, y se le encargó de la «[…] *vigilancia de los bienes muebles e inmuebles del establecimiento educativo designado*»,lo que incluía el deber de«[…] *apoyar el control en el acceso y salida del establecimiento educativo del personal de educandos, docentes, personal administrativo y en general, la comunidad educativa*».

Sumado a las pruebas documentales, fueron atendidos en audiencia de pruebas los testimonios de los señores José Doriel Nieto Henao y José Omar Hernández Bernal, los cuales satisfacen los criterios fijados por el artículo 211 del Código General del Proceso (CGP). Se advierte que los declarantes coinciden en afirmar que el reclamante, en su trabajo como vigilante de las instituciones educativas del municipio de Pereira, cumplía horarios y turnos de 12 horas, recibía órdenes del respectivo rector del colegio donde laboró y custodiaba el acceso a los inmuebles, por lo que le correspondía estar siempre en sus puertas, pendiente de las personas que ingresaban o salían de allí.

Estos testimonios merecen credibilidad, por cuanto relatan la manera como el demandante ejecutó los servicios para los cuales fue contratado, y en conjunto con los contratos obrantes en el expediente, permiten evidenciar la concurrencia de los tres elementos propios de una relación de trabajo (subordinación, prestación personal y remuneración); pero, sobre todo, que prestó la labor en forma subordinada o dependiente respecto del empleador, sujeto a órdenes de los rectores.

Por lo tanto, valoradas las pruebas en su conjunto, se colige que durante la prestación de los servicios el accionante como celador en diferentes colegios del municipio de Pereira, recibía órdenes de su superior, cumplía sus labores sujeto a horarios y turnos, y ejerció sus funciones en las instalaciones de las instituciones educativas que le eran encomendadas, todo lo cual conduce a concluir que no se trató de una relación de coordinación contractual, sino de una en la que imperó la subordinación.

Por lo anterior, si bien el actor se vinculó al municipio de Pereira a través de sucesivos contratos de prestación de servicios u otras modalidades de similar tenor, se desdibujaron las características propias de este tipo de vínculos, circunstancia que originó una relación laboral distinguida por la permanencia y continuidad en su ejecución y la correspondiente subordinación.

La jurisprudencia de esta sección ha sostenido que cuando el objeto del contrato versa sobre el desempeño de funciones de carácter permanente y en el proceso se demuestra que hubo subordinación o dependencia respecto del empleador, surge el derecho al pago de prestaciones, porque de lo contario se afectan los derechos del trabajador.

Cabe anotar que pese a que se encuentran probados los elementos configurativos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación o dependencia), destaca la Sala que ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, ya que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el artículo 122 superior[[17]](#footnote-17).

Por otro lado, le asiste razón al apoderado del municipio demandado cuando afirma que el *a quo* no se pronunció frente a la prescripción extintiva de los derechos. Al respecto, es menester recordar que el artículo 187 del CPACA, en cuanto al contenido de las sentencias dictadas por la jurisdicción contencioso-administrativa, dispone:

[…] La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.

En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no *reformatio in pejus* (se destaca).

Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas.

Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor.

Ahora, en relación con el tema de la prescripción en asuntos como el presente, es del caso aclarar que en sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016[[18]](#footnote-18), la sección segunda de esta Corporación precisó:

[R]especto de las controversias relacionas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:

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.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho […].

 De las pruebas relacionadas en el acápite anterior, se infiere que el demandante prestó sus servicios como «*conserje*» en el municipio de Pereira, vinculado a través de contratos de prestación de servicios, con algunas interrupciones, durante el lapso comprendido del 1.° de mayo de 2005 al 29 de febrero de 2012, y el 15 de octubre de 2013 reclamó de la Administración el pago de sus acreencias laborales.

En atención a que la vinculación del actor fue discontinua, ya que existieron lapsos en los cuales no se le contrató, como junio y agosto de 2005, julio de 2006, 1.º de enero a 1.º diciembre de 2010 y 1.º de enero a 30 de junio de 2011, es decir, por más de año y medio, y dada la fecha en que formuló la respectiva solicitud, las prestaciones sociales a las que tiene derecho son las derivadas de los siguientes contratos, pues los anteriores se encuentran prescritos[[19]](#footnote-19):

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Contrato No. | Desde | Hasta | Valor |
| 207 | 20/12/2010 | 31/12/2010 | $720.000 |
| 240 | 1/7/2011 | 31/12/2011 | $1.058.949 |
| Sin especificar | 2/1/2012 | 29/2/2012 | $1.091.000 |

Lo anotado comoquiera que el último contrato celebrado por las partes en el año 2009, fue el 91, cuya duración se pactó hasta 31 de diciembre de dicho año, sin embargo, como la reclamación se presentó el 15 de octubre de 2013, esto es, por fuera de los tres años señalados como término de la prescripción extintiva, no es dable conceder los emolumentos prestacionales derivados del aludido contrato ni de los anteriores.

Pese a lo expuesto, dado que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles, tal como se explicó en la precitada sentencia de unificación de la sección segunda de 25 de agosto de 2016, el accionado deberá tomar (durante el tiempo comprendido del 1.° de mayo de 2005 al 29 de febrero de 2012, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante (honorarios pactados), 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. Para efectos de lo anterior, el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema en vigencia sus 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 relación con la pretensión de devolución de los dineros que a título de aportes al sistema de seguridad social le hubiera correspondido efectuar al municipio de Pereira, y que fueron sufragados por el demandante, solo es procedente respecto de la cuota parte legal que la entidad demandada no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución del contrato de prestación de servicios 207 de 20 de diciembre de 2010, 240 de 1.° de julio de 2011, así como el suscrito por el lapso del 2 de enero al 29 de febrero de 2012[[20]](#footnote-20), ya que frente a los demás operó el fenómeno jurídico-procesal de la prescripción trienal.

Igualmente, se precisa que el pago de prestaciones sociales a que tiene derecho el accionante es consecuencia de la nulidad del acto acusado (oficio 31548 de 24 de octubre de 2013, de la secretaria de educación y de la directora administrativa de prestación del servicio y administración de plazas docentes), como se determinó en la referida sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, de la sección segunda de esta Corporación, a título de restablecimiento del derecho; pero ello no conlleva reconocerle el estatus de empleado público, ya que tal condición presupone la existencia de un acto administrativo que disponga el nombramiento, de la posesión del cargo y de la disponibilidad presupuestal; por esta misma razón, tampoco le asiste el derecho al reconocimiento de las diferencias salariales que podrían existir entre los servidores de planta que prestaban el servicio de vigilancia y lo por él devengado (cualquiera que haya sido su vinculación, esto es, prestación de servicios con el ente demandado o contrato laboral con Servitemporales SA), comoquiera que las prestaciones sociales reconocidas en esta sentencia se liquidan con base en el valor pactado como honorarios, porque, de lo contrario, se itera, sería otorgarle al demandante la calidad de empleado público, de la cual carece y, por ende, no es beneficiario de todas las condiciones salariales a las que tendría derecho un servidor de planta.

Al respecto, esta Corporación[[21]](#footnote-21) en un caso similar sostuvo:

Las Empresas de Servicios Temporales conforman una modalidad de trabajo en la que no existe vínculo directo entre quien se beneficia del trabajo y el trabajador que lo realiza o presta el servicio. Ahora, existe una pluralidad de vínculos jurídicos que se deprenden de la relación contractual existente entre las Empresas de Servicios Temporales y el trabajador que presta la labor o servicio. Así como también, se genera una relación jurídica entre el tercero beneficiario o empresa usuario, el trabajador y la Empresa de Servicios Temporales. Pues bien, respecto de la primera, es decir, la relación jurídica existente entre la Empresa de Servicios Temporales y el trabajador en misión que lleva a cabo la prestación personal del servicio, existe un verdadero contrato de trabajo o relación laboral, regido por la normatividad laboral del [Código Sustantivo del Trabajo](http://go.vlex.com/vid/42845853?fbt=webapp_preview). Y en lo que respecta al salario a devengar por parte de los trabajadores en misión, la norma señala que “… los trabajadores en misión tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad”, así como los beneficios que la usuaria tenga en materia de transporte, alimentación y recreación. Entre la Empresa de Servicios Temporales y el tercero beneficiario o empresa usuaria, se genera una relación jurídica regida por un contrato de prestación de servicios, el cual debe reunir los requisitos señalados por el artículo 81 de la prementada normatividad

Por lo anterior, también se concluye que no hay lugar al reconocimiento de prestaciones salariales y sociales comoquiera que no existe vínculo directo entre quien se beneficia del trabajo (municipio de Pereira) y el trabajador (el actor), y, además, se demostró que mientras el demandante mantuvo una vinculación contractual con Servitemporales SA (1.° de enero a 1.° de diciembre de 2010 y 1.° de enero a 30 de junio de 2011), esta le pagó mes a mes los siguientes conceptos: «*DOMINICAL Y/O FERIADOS*», «*AUXILIO DE TRANSPORTE*», «*RECARGO NOCTURNO*», «*HORA EXTRA DIURNA*», «*HORA EXTRA NOCTURNA*»[[22]](#footnote-22), entonces, se confirmará la sentencia apelada en tal sentido.

Frente al pago de horas extras de trabajo, esta Sala, en sentencia de 6 de octubre de 2016[[23]](#footnote-23), después de invocar el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, sobre otros factores que constituyen salario[[24]](#footnote-24), determinó que «t*al regulación tiene como destinatarios a los empleados públicos, condición de la cual carece el actor y por la que no es posible admitir que estuvo sujeto a la jornada ordinaria laboral prevista en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, lo que excluye la posibilidad de reconocimiento y pago del trabajo suplementario*». Y, además, conforme a la letra b) del artículo 36 del citado Decreto, «*El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita, en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse*», lo cual no se demuestra en el proceso. En consecuencia, no es viable acceder a esta petición.

En lo atañedero a la sanción moratoria pretendida por el accionante, tampoco se accede a esta en la medida en que la obligación de pagar las prestaciones sociales surge con esta sentencia.

En este orden de ideas, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, la Sala confirmará de manera parcial la sentencia de primera instancia, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, la adicionará para declarar el acaecimiento de la prescripción extintiva de los derechos prestacionales derivados de los contratos de prestación de servicios suscritos y ejecutados con anterioridad al 15 de octubre de 2010 (3 años atrás a la fecha en que solicitó de la Administración el pago de los emolumentos derivados de estos), y, por tanto, modificará las órdenes descritas en los ordinales 2.º y 3.º de su parte decisoria, en cuanto ordenaron el reconocimiento y pago de prestaciones sociales y cotizaciones al sistema de seguridad social entre el 1.° de mayo de 2005 y el 30 de diciembre de 2009 y del 1.° de julio de 2011 al 29 de febrero de 2012, para en su lugar disponer que tal condena se refiere únicamente a cada período trabajado en virtud del contrato de prestación de servicios 207 de 20 de diciembre de 2010, 240 de 1.° de julio de 2011, así como el suscrito por el lapso del 2 de enero al 29 de febrero de 2012[[25]](#footnote-25), ya que operó la prescripción trienal respecto de los derechos laborales reclamados frente a los demás.

Por último, se tiene que en el escrito de apelación la demandada solicita la revocación del fallo de primera instancia en su integridad, lo cual incluye la condena en costas impuesta; al respecto la Sala estima que el *a quo* aplicó de manera restrictiva lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, hoy 365[[26]](#footnote-26) del CGP, por remisión expresa del artículo 188[[27]](#footnote-27) del CPACA, a la parte vencida, pues no estudió aspectos como la temeridad o mala fe en la que esta pudo incurrir, sino que adoptó esa decisión con el único fundamento de que la norma en mención preceptuaba la imposición de tal condena.

En este sentido, se pronunció esta Corporación en sentencia de 1.º de diciembre de 2016[[28]](#footnote-28) así:

En ese orden, la referida norma especial que regula la condena en costas en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo dispone:

**Artículo 188. Condena en costas**. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

La lectura interpretativa que la Sala otorga a la citada regulación especial gira en torno al significado del vocablo disponer, cuya segunda acepción es entendida por la Real Academia Española como «2. tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse». Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación *per se* contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución (artículo 366 del CGP).

En tal virtud, a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.

Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, cuando por ejemplo sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; se aduzcan calidades inexistentes; se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP).

Por lo tanto, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, actuación que, se reitera, no desplegó el *a quo*, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte demandada, se revocará la condena en costas.

Por otra parte, en atención a que quien se halla habilitado legalmente para ello confirió poder en nombre del municipio de Pereira (ff. 929 a 935 c. 1-4), se reconocerá personería a la profesional del derecho destinataria de aquel.

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

**FALLA:**

1.º Confírmase parcialmente la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2015 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, adicionada con auto de 13 de noviembre siguiente, que accedió de manera parcial a las pretensiones de la demanda incoada por el señor Jorge Héctor Rico Salazar contra el municipio de Pereira, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

2.º Adiciónase el fallo de primera instancia, en el sentido de declarar probada la excepción de prescripción extintiva de los emolumentos prestacionales derivados del vínculo que sostuvo el actor con el ente demandado en virtud de los contratos de prestación de servicios 91 de 1.° de enero de 2009 y anteriores, de acuerdo con las razones expresadas en la motivación.

3.º Modifícanse los ordinales 2.º y 3.º de la parte decisoria de la sentencia de 29 de septiembre de 2015, en cuanto a que (i) el pago de prestaciones sociales y devolución de aportes al sistema de seguridad social, corresponderá únicamente a cada período trabajado en virtud del contrato de prestación de servicios 207 de 20 de diciembre de 2010, 240 de 1.° de julio de 2011, así como el suscrito por el lapso del 2 de enero al 29 de febrero de 2012; y (ii) el ente accionado deberá tomar como ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante (los honorarios pactados), el valor mensual pactado como honorarios o remuneración dentro de cada uno de los contratos de prestación de servicios (1º de mayo de 2005 a 29 de febrero de 2012, salvo sus interrupciones y lo laborado a través de Servitemporales SA), y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizará al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus 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 conformidad con la parte motiva.

4.º Revócase el ordinal 5.º de la parte decisoria de la providencia apelada, que condenó en costas a la parte demandada, de acuerdo con la motivación de este fallo.

5.º Reconócese personería a la abogada Lina Marcela Rico Flórez, con cédula de ciudadanía 42.136.076 y tarjeta profesional de abogado 146.387 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada del municipio de Pereira, en los términos del poder conferido.

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

Notifíquese y cúmplase,

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

|  |
| --- |
| CARMELO PERDOMO CUÉTER |
| SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ | CÉSAR PALOMINO CORTÉS |

1. Adicionada con auto de 13 de noviembre de 2015 (ff. 887 a 890 c. 1-4). [↑](#footnote-ref-1)
2. Del 1.° de enero al 1.° de diciembre de 2010 y del 1.° de enero al 30 de junio de 2011. [↑](#footnote-ref-2)
3. Adicionada con auto de 13 de noviembre de 2015 (ff. 887 a 890 c. 1-4). [↑](#footnote-ref-3)
4. F. 923 c. 1-4. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Constitucional, sentencia de 19 de marzo de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-5)
6. Modificado por el Decreto 3074 del mismo año. [↑](#footnote-ref-6)
7. En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10). [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca. [↑](#footnote-ref-8)
9. Fecha que se deduce del acto acusado. [↑](#footnote-ref-9)
10. Del 1.° de enero al 1.° de diciembre de 2010 y del 1.° de enero al 30 de junio de 2011. [↑](#footnote-ref-10)
11. F. 1 c. ppal 1. [↑](#footnote-ref-11)
12. F. 9 c. ppal 1. [↑](#footnote-ref-12)
13. Ff. 10 a 41 c.ppal 1. [↑](#footnote-ref-13)
14. En respuesta al oficio de 30 de septiembre de 2013. [↑](#footnote-ref-14)
15. En respuesta al oficio de 24 de septiembre de 2013. [↑](#footnote-ref-15)
16. Ff. 821 a 825 c. 1-4. [↑](#footnote-ref-16)
17. «*No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.*

*Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.*

*Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.*

*Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público* […]». [↑](#footnote-ref-17)
18. Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter. [↑](#footnote-ref-18)
19. En lo concerniente al término prescriptivo, su fundamento normativo está consagrado en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, según los cuales aquel lapso es de 3 años contados a partir del momento en que el derecho se hace exigible y que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador. [↑](#footnote-ref-19)
20. Sin especificar número de contrato. [↑](#footnote-ref-20)
21. Sentencia de 6 de octubre de 2016, sección segunda, subsección B, radicado: 66001-23-33-000-2013-00091-01(0237-14), con ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez. [↑](#footnote-ref-21)
22. Ff. 55 a 59 c. ppal. [↑](#footnote-ref-22)
23. Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, sentencia de 6 de octubre de 2016, expediente 66001-23-33-000-2013-00091-01(0237-14), consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, actor: Miguel Ángel Castaño Gallego, demandado: Municipio de Pereira - secretaría de educación. [↑](#footnote-ref-23)
24. Decreto 1042 de 1978, artículo 42. «*Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios*». [↑](#footnote-ref-24)
25. Sin especificar número de contrato. [↑](#footnote-ref-25)
26. «*En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

*Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe*.

[…]». [↑](#footnote-ref-26)
27. «*Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil*». [↑](#footnote-ref-27)
28. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, expediente 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter, actor: Ramiro Antonio Barreto Rojas, demandada: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP). [↑](#footnote-ref-28)