



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil diecinueve (2019)

Radicado: 66001 2333 000 2012 00164 02 (2151-2015)

Actor: JAIRO ANTONIO MONTOYA CORREA

Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA – SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL

Ley 1437 de 2011

SO. 005

I.- ANTECEDENTES

Procede la Sala de Subsección A, a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 15 de diciembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que negó las pretensiones de la demanda presentada por JAIRO ANTONIO MONTOYA CORREA en contra del MUNICIPIO DE PEREIRA – SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL, con el fin que se accediera a las siguientes,

1.- PRETENSIONES

El actor formuló las siguientes pretensiones:

“1.- Declarar nulo el acto administrativo No 6683 del 30 de marzo de 2012, expedido por la Alcaldía de Pereira – Secretaria de Educación Municipal, mediante la cual se negó el reconocimiento y pago del reajuste salarial y de prestaciones sociales.

2. Declarar la existencia de una relación de carácter laboral entre mi procurado y el Municipio de Pereira – Secretaría de Educación Municipal.

3. Que se condene al Municipio de Pereira - Secretaría de Educación Municipal al pago de prestaciones sociales de ley durante el periodo que mi procurado prestó sus servicios, liquidados conforme al valor pactado en los contratos de prestación de servicios suscritos y ejecutados e indexados al momento que se realice el pago.

4. Que se condene al Municipio de Pereira – Secretaría de Educación Municipal al pago de los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que se debió trasladar a los fondos correspondientes, así como de las cotizaciones de caja de compensación y de las dotaciones de calzado y vestido a que tenía derecho durante el periodo acreditado en los contratos.

5. Declarar que el tiempo laborado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios debe ser computado para efectos pensionales."(Texto de su original folios 2 y 3 del cuaderno principal)

2.- HECHOS

El apoderado judicial sostiene que el señor JAIRO MONTOYA CORREA laboró como vigilante en la Institución Educativa Gabriel Trujillo del municipio de Pereira desde el 1 de mayo de 2002 hasta el 31 de enero de 2008, ejerciendo diversas funciones que hacen notoria la subordinación, el demandante trabajó bajo las órdenes del rector de la institución educativa donde prestó el servicio, sin que en esos años, se tuviera alguna queja o llamado de atención.

Las labores correspondían a las de controlar la entrada y salida de personas, vehículos y objetos del plantel educativo, custodiar y cuidar las áreas del lugar, estar atento en la prevención o control de situaciones de emergencia, velar por el mantenimiento, conservación y seguridad de los bienes del establecimiento educativo en razón de la labor de vigilancia asignada.

Resaltó que el último salario devengado por el demandante fue de \$817.166, sobre el cual se le hacía las retenciones de ley; así mismo, sostuvo que nunca le fueron reconocidas ni canceladas las prestaciones sociales, la seguridad social, ni fue beneficiario de la caja de compensación.

3.- DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN¹

Se invocó en la demanda la violación de las siguientes disposiciones normativas:

Artículos 23, del Código Sustantivo del Trabajo;

Artículos 2, 4, 6, 13, 25, 28, 53, 90, 209, 229 y 300 de la Constitución Política;

Artículos 1, 5, 6 y 8 del Decreto 3135 de 1968;

Ley 100 de 1993;

Decreto 1848 de 1969;

Ley 21 de 1982.

Como concepto de violación se circunscribe a comentar que con el acto administrativo impugnado se transgredieron los derechos al demandante por cuanto las actividades para las que fue contratado encuadran dentro de una clara relación de naturaleza legal y reglamentaria, porque son evidentes los elementos esenciales del contrato de trabajo a que alude el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Resaltó que se quebrantó el principio de la igualdad, pues a situaciones idénticas no puede dárseles trato discriminado sin vulnerar el derecho al trabajo, los derechos adquiridos, el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, como se encuentra evidenciado mediante las certificaciones sobre las labores realizadas por el actor.

Destacó las consideraciones contenidas en la sentencia C-154 de 1997, con las que la Corte Constitucional establece las diferencias entre el contrato de carácter laboral y el de prestación de servicios, concluyendo que la autonomía e independencia del contratista como elemento esencial del contrato de prestación de servicios no le es aplicable al demandante, toda vez que está probado que los prestó como vigilante, cargo existente en la planta de personal, cumpliendo funciones permanentes desde mayo de 2004 hasta enero de 2008, lo que contradice lo establecido por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

4.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

El apoderado del Municipio de Pereira contestó la demanda oponiéndose a las

¹ Folios 8 – 12 del expediente.

² Folios 156 – 166 del expediente.

pretensiones, con los siguientes argumentos:

La relación del demandante con el ente territorial son órdenes de prestación de servicios, el objeto y el alcance no hacen notoria la subordinación, toda vez que las actividades desarrolladas son propias de la labor para la cual se contrata y por el término definido para ello.

Las órdenes de prestación de servicio suscritas fueron tramitadas y ejecutadas al amparo de lo preceptuado por la Ley 80 de 1993 y la 1150 de 2007.

Propuso como excepciones (i) la inexistencia del contrato de trabajo o relación laboral, como quiera que en la actividad desarrollada por el demandante no se encontraba ningún poder de subordinación, en la medida que el demandante tenía autonomía en la toma de decisiones, (ii) inexistencia de causa para demandar y cobro de lo no debido toda vez, que no se adeuda ninguna acreencia que tenga su génesis en un contrato porque nunca se dio el vínculo laboral, (iii) indeterminación de periodos laborales, como quiera que fueron órdenes de prestaciones de servicios de manera ocasional, (iv) inexistencia de la supremacía de la realidad, en la medida que los elementos que deben existir en un contrato de trabajo, no fueron cumplidos por el demandante en la actividad desarrollada y (v) prescripción.

5.- TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA.

Mediante auto de 11 de julio de 2013, el Tribunal Administrativo de Risaralda fijó la audiencia inicial para el día 20 de agosto de 2013.

En la fecha señalada, el a quo celebró la audiencia inicial³; en dicha diligencia (i) fue saneado el proceso, (ii) fueron resueltas las excepciones previas y (iii) se fijó el litigio en los siguientes términos:

“[...] Se declare la existencia de una relación de carácter laboral entre el demandante y el ente territorial demandado, que dé lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir por el accionante en los periodos en los cuales estuvo vinculado con el municipio de Pereira, con indexación de las sumas reconocidas, a lo cual se opone la entidad demandada aduciendo la naturaleza del contrato estatal que correspondiente a las órdenes de

³ Folio 193 a 199 del cuaderno principal.

Radicado: 66001 2333 000 2012 00164 02 (2151- 2015)
Actor: JAIRO ANTONIO MONTOYA CORREA
Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA – SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL

prestación de servicios en virtud de las cuales desarrolló las actividades el demandante⁴

6.- LA SENTENCIA APELADA⁵

El Tribunal Administrativo de Risaralda mediante sentencia del 15 de diciembre de 2014, declaró probada la excepción de prescripción extintiva del derecho y como consecuencia negó las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Luego de realizar un recuento jurisprudencial en relación con la prescripción de los derechos en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho en los cuales se pretende la declaratoria de la existencia de la relación laboral, el Tribunal sostuvo que le asiste la obligación al particular de reclamar ante la administración y ante el juez, el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término que no puede exceder la prescripción de los derechos que reclama, de lo cual se desprende que finiquitada la relación que inicialmente se pactó como contrato estatal, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral en un término que no exceda de 3 años, so pena que prescriba el derecho a reclamar la existencia de dicha relación laboral como el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan.

En el caso de la referencia, el demandante sostuvo un vínculo contractual con el Municipio de Pereira hasta el 31 de enero de 2008, presentó petición de reconocimiento de la existencia de la relación laboral el 20 de marzo de 2012 y finalmente interpuso la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho el 27 de septiembre de ese mismo año, motivo por el cual, declaró la prescripción, como quiera que transcurrieron más de 3 años desde el último vínculo contractual.

7.- RECURSO DE APELACIÓN.

Contra la decisión anterior, el demandante interpuso recurso de apelación en los siguientes términos,

⁴ Folio 163 del primer cuaderno

⁵ Folios 204 a 210 de este cuaderno.

El apoderado de la parte demandante expuso que cuando presentó la demanda la misma se fundamentó en las sentencias que sobre el particular proferían tanto el Consejo de Estado como los Tribunales Administrativos del país, en donde se dejaba entrever que este tipo de derechos se solicitaban a partir del fallo de sentencia y no como lo anotó el tribunal.

8.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

8.1.- El apoderado de la parte demandante reiteró lo expuesto en la demanda.

8.2.- El apoderado de la entidad demandada guardó silencio.

8.3.- MINISTERIO PÚBLICO, no presentó concepto.

II.- CONSIDERACIONES

1.- Problema Jurídico

En el presente asunto se trata de determinar (i) si de acuerdo a los antecedentes jurisprudenciales de esta Corporación, se configuró o no la excepción de prescripción extintiva de todos los derechos reclamados por el actor; y, en caso negativo, (ii) si al demandante le asiste razón o no para reclamar a la entidad territorial demandada el pago de las prestaciones salariales y sociales no devengadas durante el tiempo que permaneció vinculado como vigilante.

2.- Marco Normativo y jurisprudencial.

2.1.- La Ley 80 de 1993, en su artículo 32 (numeral 3), dispuso en relación con los contratos estatales de prestación de servicios lo siguiente:

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las

Radicado: 66001 2333 000 2012 00164 02 (2151- 2015)
Actor: JAIRO ANTONIO MONTOYA CORREA
Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA – SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL

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”.

De lo anterior, se colige que el contrato de prestación de servicios es aquel a través del cual se vincula a una persona con el fin de realizar actividades afines con la administración o con el funcionamiento de la entidad o para ejecutar labores que no pueden ser asumidas por el personal de planta y que en ningún caso se admite el elemento de subordinación por parte del contratista, como quiera que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual.

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997⁶, precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, sobre el particular indicó:

“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

⁶ Corte Constitucional, sentencia de 19 de marzo de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

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.

2.2.- Del contrato realidad y el principio de la primacía de la realidad sobre las formas en materia laboral.

Esta Corporación en varias decisiones ha reiterado la necesidad de que cuando se trata de una relación laboral, se acrediten fehacientemente los tres elementos que le son propios: la prestación personal del servicio, la remuneración como contraprestación del mismo, y en especial, la continuada subordinación laboral y dependencia del trabajador respecto del empleador, consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

En la actualidad se tiene, que para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar los tres elementos referidos; especialmente, que el contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a un servidor público. *Contrario sensu*, se constituye una relación contractual cuando se pacta la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública, el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, le pagan honorarios por los servicios prestados y la labor convenida no puede realizarse con personal de planta o requiere conocimientos especializados.

Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, importa señalar que se debe restringir o se exceptúan aquellos casos en los que la entidad pública requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional; porque si contrata por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que de manera permanente se asignan a los

demás servidores públicos, caso en el cual no se desdibuja dicha relación contractual.

Teniendo en cuenta el tratamiento jurisprudencial que se ha dado al contrato realidad se concluye, en cuanto a su configuración, que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, ya aludidos: la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva, y en particular la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier servidor público, siempre y cuando la subordinación continuada que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito.

A lo dicho debe agregarse que la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, según el aforismo «*onus probandi incumbit actor*», dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y a acreditar la presencia real de los elementos anteriormente señalados dentro de la actividad desplegada, especialmente el de subordinación que, como se mencionó, es el que de manera primordial entraña la comprobación de la existencia de una relación laboral.

Frente al particular, la Sección Segunda⁷ de esta Corporación reiteró (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede

⁷ 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.

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.- Ahora bien, para la Sala es necesario poner de presente que el apelante en su escrito sostiene que al fallar de la manera como lo hizo el Tribunal Administrativo de Risaralda se presenta una inseguridad jurídica como quiera que al momento de interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y teniendo en cuenta las jurisprudencias emitidas, los derechos a reclamar el pago de las prestaciones y haberes derivados de un contrato realidad con entidades públicas, comenzaba a partir del fallo en que se declarara la existencia de la relación laboral y no como lo señaló el *a quo*.

Para la Sala lo anterior, no es de recibo toda vez, que basándose en esa misma seguridad jurídica que persigue el demandante esta Corporación a través de su sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016⁸, fijó los parámetros que rigen, entre otros temas, la modalidad de extinguir las obligaciones laborales, ello por cuanto existían enfoques disímiles⁹ para guiar a los jueces al decidir tal aspecto

⁸ Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.

⁹ En la referida providencia se exponen las diferentes maneras de entender cómo operaba la prescripción de los derechos derivados de las relaciones laborales simuladas como contratos de prestación de servicios, en estos términos: «[...] Acerca de esta materia, las salas de decisión de la sección segunda de esta Corporación han sostenido tesis disímiles⁹, a saber: Con sentencia de 6 de septiembre de 2013 proferida en sede de tutela, la subsección A de la sección segunda del Consejo de Estado estimó que la respectiva reclamación debe realizarse dentro de los tres años siguientes a la finalización del contrato so pena de declararse la prescripción de los derechos que se piden por la inactividad del solicitante⁹.

Este criterio jurisprudencial fue reiterado con fallo de 9 de abril de 2014⁹, por la misma subsección A de la sección segunda, cuando al decidir una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, precisó que “...en efecto, se reitera que el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; también lo es que el particular debe reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de su relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama. Lo anterior quiere decir que si finiquitó la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan”.

No obstante, un mes después⁹, la subsección B de esta sección examinó el tema prescriptivo en relación con el “plazo razonable” con el que cuenta el interesado para solicitar la existencia del vínculo laboral y el correspondiente pago de los derechos laborales y, con base en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, que regulaba la figura del decaimiento de los actos administrativos, consideró como término oportuno para reclamar, cinco (5) años contados desde la terminación del último contrato, que se asimila al acto de retiro del servicio.

Empero, en providencia de 11 de marzo de 2016, la subsección B de esta sección se volvió a pronunciar sobre el asunto y explicó que “Una vez demostrada la relación laboral reclamada y de la cual, se persigue el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, surgiría la oportunidad para que se examine la procedencia del fenómeno extintivo de la prescripción, valga decir, la verificación de si la reclamación se efectuó dentro de los tres (3) años contados a partir de la finalización de la relación contractual, so pena de que prescriban los derechos prestacionales que se puedan derivar de la relación laboral”⁹».

procesal, lo que desfigura la afirmación del demandante sobre el cambio de criterio de esta corporación, pues para la época en que incoó este mecanismo judicial, no era unívoca la manera de abordar dicho tema.

De otra parte, si bien el Tribunal Administrativo de Risaralda declaró la prescripción extintiva de los derechos requeridos por el señor MONTOYA CORREA, también lo es, que éste omitió pronunciarse acerca de la existencia de la relación laboral reclamada y su eventual restablecimiento, lo anterior, si tenemos en cuenta que de acuerdo a las subreglas establecidas por la sección segunda en la mencionada sentencia de unificación, se señaló que «[...] 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)».*

De tal manera, que si bien puede proceder la declaratoria de prescripción de algunos derechos en el marco de este tipo de pretensiones, tal examen debe estar antecedido por la existencia de una relación laboral, razón por la cual la Sala estudiará de fondo el asunto.

4.- Caso concreto

4.1.- Del material probatorio se destaca lo siguiente:

a) Escrito del actor de 1.º de febrero de 2012, en el que solicita de la Secretaría de Educación de Pereira el reconocimiento y pago de reajustes salariales y de prestaciones sociales, así como de «[...] *los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud, ARP, SENA, ICBF, Cajas de Compensación Familiar, [...] y todo aquello que constituye factor salarial*», por haber laborado en dicha entidad¹⁰.

b) Oficio 6683 de 30 de marzo de 2012, suscrito por la Secretaría de Educación y la Directora Administrativa de Prestación del Servicio y Administración de Plazas

¹⁰ Ff. 36 a 40 del primer cuaderno.

Docentes, a través del cual resolvió de manera negativa la petición del demandante, indicando 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.

c) A continuación se relacionan los contratos de prestación de servicios celebrados entre la entidad demandada y el señor JAIRO ANTONIO MONTOYA CORREA,¹², así:

Número del contrato	Objeto	Fecha inicial	Fecha de terminación	Valor del contrato
S.N Folio 2	Sin objeto (cargo –portero)	1-05-2002	30-08-2002	SN
S.N Folio 4	Prestar los servicios de celaduría	1-01-2003	31-01-2003	S.N
S.N Folio 5	Prestar los servicios de celaduría	1-02-2003	30-04-2003	\$ 347.339
S.N Folio 6	Prestar los servicios de celaduría	1-11-2003	31-12-2003	\$ 347.339
S.N Folio 7	Prestar los servicios de celaduría	01-01-2004	31-01-2004	\$ 347.339
S.N Folio 8	Prestar los servicios de celaduría	1-05-2004	30-06-2004	\$ 371.653
S.N Folio 9	Prestar los servicios de celaduría	1-10-2004	31-12-2004	\$ 371.653
S.N Folio 10	Prestar los servicios de celaduría	1-01-2005	28-02-2005	\$396.032
S.N Folios 11 y 12	Vigilancia de los bienes muebles e inmuebles del establecimiento educativo designado, el cual incluya además el...	01-03-2005 (dos meses)		\$ 1.460.000
S.N. Folio 13	Prestar los servicios de vigilancia	1-05-2005	31-05-2005	\$730.000

¹¹ F. 42 del primer cuaderno.

¹² Ff. 44 y 45.

Radicado: 66001 2333 000 2012 00164 02 (2151- 2015)
 Actor: JAIRO ANTONIO MONTOYA CORREA
 Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA – SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL

S.N. Folio 14	Prestar los servicios de vigilancia	1-06-2006	30-06-2005	\$730.000
S.N. Folio 15	Prestar los servicios de vigilancia	1-07-2005	30-07-2005	\$730.000
S.N. Folio 16	Prestar los servicios de vigilancia	1-09-2005	30-09-2005	\$730.000
S.N. Folio 17	Prestar los servicios de vigilancia	1-10-2005	31-10-2005	\$730.000
S.N. Folio 18	Prestar los servicios de vigilancia	1-11-2005	31-12-2005	\$1.460.000.
S.N. Folio 19	Prestar los servicios de vigilancia	1-01-2006	31-01-2006	\$730.000
S.N. Folio 20	Prestar los servicios de vigilancia	1-02-2006	31-03-2006	\$1.460.000.
S.N. Folio 21	Prestar los servicios de vigilancia	7-04-2006	31-05-2006	\$1.460.000.
296 Folio 22	Vigilancia de los bienes muebles e inmuebles del establecimiento educativo designado, el cual incluya además el...	1-06-2006	31-07-2006	\$ 730.000
298 Folio 23	Vigilancia de los bienes muebles e inmuebles del establecimiento educativo designado, el cual incluya además el...	1-08-2006	31-08-2006	\$ 730.000
170 Folio 24	Vigilancia de los bienes muebles e inmuebles del establecimiento educativo designado, el cual incluya además el apoyar..	2-01-2007	28-02-2007	\$ 730.000
668 Folio 25	Vigilancia de los bienes muebles e inmuebles del establecimiento educativo	1-03-2007	30-04-2007	\$ 766.500

	designado, el cual incluya además el apoyar..			
1185 Folio 26	Vigilancia de los bienes muebles e inmuebles del establecimiento educativo designado, el cual incluya además el apoyar..	1-05-2007	30-06-2007	\$ 766.500
1137 Folio 27	Vigilancia de los bienes muebles e inmuebles del establecimiento educativo designado, el cual incluya además el apoyar..	1-07-2007	5-07-2007	\$ 127.750
2273 Folio 28	Vigilancia de los bienes muebles e inmuebles del establecimiento educativo designado, el cual incluya además el apoyar..	6-07-2007	30-09-2007	\$ 766.500
2848 Folio 29	Vigilancia de los bienes muebles e inmuebles del establecimiento educativo designado, el cual incluya además el apoyar..	1-10-2007	31-10-2007	\$ 766.500
3405 Folio 30	Vigilancia de los bienes muebles e inmuebles del establecimiento educativo designado, el cual incluya además el apoyar..	1-11-2007	30-11-2007	\$ 766.500
3982 Folio 31	Vigilancia de los bienes muebles e inmuebles del establecimiento	1-12-2007	31-12-2007	\$ 766.500

Radicado: 66001 2333 000 2012 00164 02 (2151- 2015)
 Actor: JAIRO ANTONIO MONTOYA CORREA
 Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA – SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL

	educativo designado, el cual incluya además el apoyar..			
0173 Folio 32	Vigilancia de los bienes muebles e inmuebles del establecimiento educativo designado, el cual incluya además el apoyar..	2-01-2008	31-01-2008	\$ 817.166

4.2.- De acuerdo con el anterior contexto normativo y probatorio se logró verificar que el señor JAIRO ANTONIO MONTOYA CORREA prestó sus servicios como «vigilante» y «celador» en la Institución Educativa « Gabriel Trujillo » del municipio de Pereira, vinculación que fue a través de contratos de prestación de servicios, con algunas interrupciones, durante el lapso comprendido entre el 1 de mayo de 2002 hasta el 31 de enero de 2008 y el 20 de marzo de 2012 reclamó ante la Administración el pago de sus acreencias laborales.

Se encuentra demostrado con las copias de los contratos de prestación de servicios, la existencia de los elementos de la relación laboral como son, **la prestación personal del servicio**, como quiera que el actor fue contratado directamente por el municipio de Pereira para que realizara las actividades de vigilancia y celaduría, es decir dicha actividad fue ejecutada por él y no por otra persona, **la remuneración por el trabajo cumplido**, toda vez, que en dichas órdenes de prestación de servicios se estipuló un «valor», lo que se entiende como la remuneración pactada por el servicio o el trabajo prestado, independientemente de su denominación (honorarios o salario), el cual le era pagado de manera mensual, según la suma acordada en cada contrato.

En cuanto al requisito de **subordinación**, como último elemento de la relación laboral, se puede deducir de los contratos u órdenes de servicios, que el demandante fue vinculado al instituto Gabriel Trujillo en el municipio de Pereira 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*».

Lo anterior permite colegir que las actividades desarrolladas por el actor revisten las características propias de un empleo de carácter permanente, pues se desempeñó más de 5 años como celador de la institución educativa mencionada, sin que lograra ser autónomo e independiente, como lo manifestó el ente territorial demandado, pues como se observa en los contratos, este debía controlar el ingreso y salida de personas y muebles de la entidad, como otras funciones, lo señalado indica entonces, que el señor JAIRO ANTONIO recibía órdenes de un superior, cumplía dicha actividad a través de horarios y turnos en la institución, es decir no se trató de una relación de coordinación contractual, sino de una en la que imperó la subordinación, desdibujándose de esta manera las características propias de un contrato u orden de prestación de servicio. Ahora, si bien se encuentran probados los elementos constitutivos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, la Sala pone de presente 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 superior¹³.

De otra parte, no se puede perder de vista que la última vinculación del señor JAIRO ANTONIO MONTOYA CORREA como celador - vigilante al servicio del municipio de Pereira, se dio en virtud del contrato 0173 de enero de 2008¹⁴, cuya duración se pactó desde el 2 hasta el 31 de enero de 2008, y formuló la respectiva solicitud de pago de las prestaciones emanadas del vínculo de carácter laboral el 20 de marzo de 2012, lo que significa que los emolumentos que reclama fueron pedidos por fuera de los tres años.

Sin embargo, dado que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles, tal como se explicó en la sentencia de unificación de la sección segunda de 25 de agosto de 2016, el ente territorial deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1 de mayo de 2002 al 31 de enero de 2008, salvo sus

¹³ «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 [...]».

¹⁴ FOLIO 32 del cuaderno principal

interrupciones, el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante, 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 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.

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 dilucidaciones sobre el particular, la Sala revocará la sentencia de primera instancia, que declaró configurada la excepción de prescripción extintiva frente a todos los derechos reclamados por el actor y negó las súplicas de la demanda, y en su lugar declarará la existencia de una relación laboral entre el señor JAIRO ANTONIO MONTOYA CORREA y el municipio de Pereira durante los plazos de ejecución de los contratos de prestación de servicio suscritos con dicho ente territorial, en el período comprendido entre el 1 de mayo de 2002 y el 31 de enero de 2008, salvo aquellos en los cuales hubo interrupciones. Asimismo, condenará a la demandada a efectuar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones a favor del actor, correspondientes al tiempo en que se constató su relación de carácter laboral, y declarará la configuración de la prescripción extintiva de los derechos causados.

5.- Condena en costas

No hay lugar a condenar en costas a la parte vencida, en la medida en que conforme al artículo 365 (numeral 8) del Código General del Proceso (CGP)¹⁵, «Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación», situación que no se observa en el *sub lite*.

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,

¹⁵ Se aclara que dicha norma entró en vigor el 1º de enero de 2014 y en su artículo 626 (letra c) derogó el CPC.

FALLA

1. **REVOCAR** la sentencia de 15 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que declaró la prescripción de todos los derechos reclamados y negó las súplicas de la demanda en el proceso instaurado por el señor **JAIRO ANTONIO MONTOYA CORREA** contra el municipio de Pereira, conforme a la parte motiva, y en su lugar:

2.- Declárase la nulidad del oficio 6683 de 30 de marzo de 2012, mediante el cual se le negaron al demandante el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, así como el pago de las respectivas acreencias laborales, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

3.- Declárase que entre el señor **JAIRO ANTONIO MONTOYA CORREA** y el municipio de Pereira se configuró una relación laboral entre el 1 de mayo de 2002 y el 31 de enero de 2008, como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, ordénese al municipio de Pereira efectuar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones a favor del demandante, durante los lapsos pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios suscritos con él entre el 1 de mayo de 2002 al 31 de enero de 2008 salvo las interrupciones.

Para calcularlos tomará como ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante, el valor mensual pactado como honorarios o remuneración dentro de cada uno de los contratos de prestación de servicios, 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.

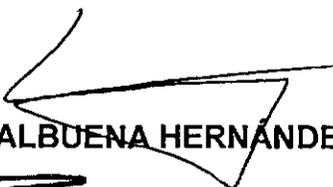
4.- El municipio de Pereira hará la actualización sobre las sumas adeudadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) del CPACA, teniendo en cuenta los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación

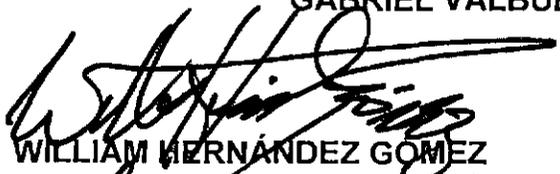
de la fórmula matemática adoptada por el Consejo de Estado, a saber:

$$R = Rh. \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

- 5.- El municipio de Pereira deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del CPACA.
- 6.- Declárase que el tiempo laborado por el señor JAIRO ANTONIO MONTOYA CORREA al municipio de Pereira como vigilante, celador o conserje, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, entre el 1 de mayo de 2002 al 31 de enero de 2008, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.
- 7.- Declárase la prescripción extintiva de los demás derechos reclamados de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.
- 8.- Abstenerse de condenar en costas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
- 9.- Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen previas las anotaciones pertinentes en el programa "Justicia Siglo XXI".

Notifíquese y cúmplase.


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
*Secretario General
de U.T.O*


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Radicado: 66001 2333 000 2012 00164 02 (2151- 2015)
Actor: JAIRO ANTONIO MONTOYA CORREA
Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA – SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL