

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIO / CONTRATO REALIDAD / NIVELACIÓN SALARIAL- Improcedencia

NOTA DE RELATORÍA : Sobre la improcedencia de la nivelación salarial con el personal de planta como consecuencia del reconocimiento del contrato realidad, ver Consejo de Estado, Sección Segunda,. Sentencia de 2 de febrero de 2006. Rad 0800-1233-1000-1996-11550 (4250-2005).

TRABAJO SUPLEMENTARIO- Reconocimiento / CARGA DE LA PRUEBA

Cuando el empleado público labore tiempo adicional a la jornada ordinaria de trabajo establecida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, tiene derecho a que se le reconozca el pago de los recargos o los días compensatorios conforme se estableció en los artículos 34, 35, 36, 37 y 39 de dicha disposición.(...) Comoquiera que la declaración de la relación laboral ha sido reconocida por el *a quo* en forma continua e ininterrumpida desde su comienzo, es decir, desde el 29 de febrero de 2004 al 29 de febrero de 2012, lo que no puede ser desconocido en esta instancia por no constituir objeto de la alzada, la ejecución del trabajo suplementario por los periodos comprendidos entre i) el 1 de marzo de 2005 y el 30 de diciembre de 2009 y ii) el 1 de julio de 2001 al 29 de febrero de 2012, reclamada por el demandante, sería susceptible de ser reconocida, pero en el expediente no hay prueba alguna de su real y efectiva prestación. Si bien de las declaraciones de los testigos se infiere que la hubo, por turnos de 12 horas de trabajo por 24 horas de descanso, con labores en domingos y festivos, no puede por ese solo hecho la Sala concluir que dicha prestación se cumplió todas las semanas en dicho periodo. Mal podría suponer que efectivamente se asignaron los turnos y que hubo prestación del servicio en dominicales y festivos si el demandante, teniendo la carga de su prueba, no aportó ninguna en tal sentido, limitándose a presentar la reclamación, al contrario de lo que ocurrió con el periodo anterior, cuya prueba está en el expediente con los comprobantes de pago de nómina, como ya se dijo.

PRESTACIÓN DE SERVICIOS POR EMPRESAS TEMPORALES / SOLIDARIDAD / VIGILANTES DE CENTROS EDUCATIVOS MUNICIPALES

En el presente caso se configuró dicha solidaridad, dado que las actividades desplegadas por los vigilantes y/o conserjes no son extrañas a la labor requerida por la Alcaldía de Pereira para sus instituciones educativas, en tanto que son indispensables para la seguridad personal de los estamentos educativos, las instalaciones y los equipos y elementos propios de las distintas actividades académicas y administrativas de los centros educativos municipales.

PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO REALIDAD / TIEMPO DE SERVICIOS PARA EFCTOPESNIOANLES- No prescripción

Como se desprende de lo previsto por el numeral 6 del artículo 180 y el inciso segundo del artículo 187 del CPACA, la excepción de prescripción extintiva de los derechos demandados se puede resolver de oficio por el juez, haya sido o no alegada, si la encuentra probada. En el presente caso se observa que la relación laboral entre las partes concluyó el 29 de febrero de 2012; y que la petición formulada por el demandante al municipio de Pereira para el reconocimiento de la relación laboral y la consecuente condena al reconocimiento y pago de salarios y

prestaciones sociales, se formuló el 23 de agosto de 2012, por haber laborado en dicha entidad entre el 29 de febrero del 2004 y el 29 de febrero del 2012. Lo anterior quiere decir que los derechos laborales que se hubieren causado en favor del demandante con anterioridad al 23 de agosto de 2009 se encuentran prescritos, salvo el derecho al reconocimiento del tiempo servido con efectos pensionales, por lo que se declarará la prescripción extintiva de los mismos

FUENTE FORMAL: DECRETO 1042 DE 1978- ARTÍCULO 33 / CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO - ARTÍCULO 34

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., siete (7) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00088-01(0115-14)

Actor: OSMAR DE JESÚS GAÑÁN SUAREZ

Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA- SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL

SO. 0200

Nulidad y restablecimiento de derecho – CPACA - contrato realidad

ASUNTO

La Sección Segunda –Subsección A – de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 20 de septiembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, Sala de Decisión, que accedió a las pretensiones de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho a que se refiere el artículo 138 del CPACA, seguido por OSMAR DE JESÚS GAÑÁN SUAREZ contra el MUNICIPIO DE PEREIRA- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL.

I. DEMANDA¹

¹ Folios 127 a 164.

1.1.- PRETENSIONES

OSMAR DE JESÚS GAÑÁN SUÁREZ, por intermedio de apoderado, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con la que solicitó la nulidad del oficio 022037 del 18 de agosto del año 2012, expedido por el Municipio de Pereira – Secretaría de Educación, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago del reajuste de salarios y prestaciones sociales con su respectiva indexación, solicitados en la demanda.

Adicionalmente y a título de restablecimiento del derecho, solicitó:

1. Declarar la existencia de una relación de carácter laboral entre el demandante y la entidad demandada desde el 29 de febrero del año 2004 hasta el 29 de febrero de 2012.
2. Ordenar al Municipio de Pereira – Secretaría de Educación, liquidar y pagar a título de indemnización las siguientes prestaciones sociales: prima de servicio, auxilio de transporte, dotación, cesantías, intereses a las cesantías y las prestaciones sociales acordes con la ley en el periodo comprendido entre el 29 de febrero de 2004 y el 29 de febrero de 2012, conforme el valor pactado en los contratos de prestación de servicios suscritos y ejecutados o, en su defecto, sobre el valor que devengaban las personas vinculadas que realizan las mismas funciones en la entidad, debidamente indexados al momento en que se realice el pago correspondiente.
3. Ordenar a la entidad demandada liquidar y pagar a título de indemnización el valor del trabajo suplementario, desde el 1 de marzo del 2005 hasta el 30 de diciembre de 2009 y del 1 de julio del 2011 al 29 de febrero del 2012, conforme al valor pactado en los contratos de prestación de servicios suscritos y ejecutados, o sobre el valor que devengaban las personas nombradas que realizan las mismas funciones si este es menor, e indexados al momento en que se realice el pago.
4. Condenar al Municipio de Pereira – Secretaria de Educación Municipal, a pagar, a título de indemnización, los valores por los siguientes conceptos:
 - a) Los porcentajes de cotización correspondientes a pensión, ARP y salud que fueron asumidos por el actor, en los periodos comprendidos entre el

1 de marzo de 2005 y el 30 de diciembre de 2009, y el 1 de julio de 2011 y el 29 de febrero del 2012, sumas que deben ser indexadas conforme a la ley.

- b) Las cotizaciones de caja de compensación entre el 29 de febrero de 2004 y el 30 de diciembre del 2009, y el 1 de julio de 2011 y el 29 de febrero del 2012.
- c) El reajuste salarial, de prestaciones sociales de ley y el pago reajustado de salud, ARP y pensiones, así como al pago reajustado del trabajo suplementario conforme a la liquidación realizada por SERVITEMPORALES S.A., en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2010 y el 11 de diciembre del 2010, y el 1 de enero de 2011 y el 30 junio del 2011, liquidados conforme al valor que devengaban las personas nombradas que realizaban las mismas funciones, debidamente indexados al momento que se haga efectivo.
- d) La sanción moratoria un día de salario por cada día, según mandato legal.
- e) Las costas procesales.
- f) Las sumas que resulten debidamente probadas dentro de este proceso bien sea *ultra* o *extra petita* y que no estén relacionadas.

5. Declarar que el tiempo laborado por el señor OSMAR DE JESÚS GAÑÁN SUÁREZ bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios se debe computar para efectos pensionales.

1.2.- HECHOS

Los hechos se presentaron en la siguiente forma:

1. El señor OSMAR DE JESÚS GAÑÁN SUÁREZ laboró para la Secretaría de Educación del municipio de Pereira desde el 29 de febrero de 2004 hasta el 30 de diciembre de 2009, y del 1º de julio 2011 hasta el 29 de febrero de 2012, con contratos de prestación de servicios.
2. Como trabajador en misión, a través de la Empresa de Servicios Temporales SERVITEMPORALES S.A., laboró desde el 1º de enero de 2010 al 11 de diciembre de 2010 y desde el 1º de enero de 2011 al 30 de junio de 2011, empresa que le pagaba por sus servicios el salario mínimo y

las prestaciones sociales de ley, así como el tiempo suplementario laborado.

3. Durante el tiempo de ejecución de los contratos el demandante se desempeñó como vigilante en la Institución Educativa Compartir Las Brisas y en el Instituto Técnico Superior del Municipio de Pereira bajo subordinación permanente, cumpliendo los horarios establecidos en la modalidad de turnos de vigilancias en porterías o en la coordinación; además, las de custodiar y cuidar el área o zona asignada, controlar la entrada y salida de personas, vehículos y objetos del plantel educativo, velar por el mantenimiento, conservación y seguridad de los bienes del establecimiento, colaborar en la prevención y control de situaciones de emergencia, consignar en los registros de control las anomalías detectadas durante su turno e informar de las mismas, cumplir con la jornada laboral establecida, informarse o informar de todas las actividades planeadas por la institución y entregar información veraz y oportuna, atender los relevos cuando se presente cualquier situación administrativa durante la ejecución del contrato y cumplir las demás funciones que le fueran asignadas de acuerdo con la naturaleza del cargo.
4. No le fueron reconocidas las prestaciones sociales a las cuales tiene derecho por disposición legal como primas, cesantías y vacaciones, ni las horas nocturnas, dominicales y en festivos le fueron incluidas como factor salarial, aduciendo la figura del contrato de prestación de servicios.
5. Le fueron reconocidos los aportes correspondientes a la seguridad social hasta el 29 de febrero de 2005, pero se desconocieron a partir del 1 de marzo de 2005 y no se le vinculó a ninguna caja de compensación familiar.
6. El demandante pagó la totalidad de los valores correspondientes a la seguridad social ordenados por la ley.
7. Todo lo anterior constituye una violación a sus derechos como trabajador, ya que es evidente que la modalidad de contrato por la que fue vinculado no es la más justa ni la más apropiada para el tipo de labor que desempeñaba el demandante, toda vez que se reúnen todos los requisitos de un contrato de trabajo.

8. Con el oficio 022037 de 28 de agosto de 2012, la Administración Municipal de Pereira, negó la solicitud presentada para el reconocimiento de la existencia de una relación laboral entre el actor y la demandada con la liquidación correspondiente.
9. El valor de los pagos efectuados al demandante entre los años 2004 y 2012 osciló entre \$371.653 y \$1.091.000, según los contratos suscritos.
10. Durante el periodo laborado a través de la Empresa intermediaria SERVITEMPORALES S.A. al demandante le fueron reconocidos las prestaciones de ley y el pago del trabajo suplementario.
11. Mediante oficio 026179 de 5 de octubre de 2012, expedido por la Directora Operativa de la Administración de Servicios Educativos y Administración de Plazas Docentes de la Secretaría de Educación Municipal de Pereira, se indicó que el municipio cuenta con 61 celadores de colegios en el personal administrativo de planta por nombramiento, que cumplía funciones similares a las del actor; sin embargo, la diferencia radica en el vínculo contractual, pues mientras al personal administrativo de planta por nombramiento le son reconocidos todas las prestaciones de ley, al demandante se le niega su reconocimiento y pago aduciendo las características del contrato de prestación de servicios, a pesar del cumplimiento de las mismas funciones.
12. En el oficio mencionado se certificó que para ese mismo periodo los celadores de planta tenían la siguiente asignación mensual: Año 2010: \$693.070; 2011: \$721.371 y 2012: \$763.211.
13. Durante la vinculación con SERVITEMPORALES S.A se desempeñó como conserje, pero con la misma asignación de funciones de quienes se desempeñaban como celadores, con una asignación básica mensual de: \$ 519.261 para el año 2010 y \$535.600 para el año 2011.
14. Lo anterior es violatorio de la normatividad vigente, pues al Ley 50 de 1990 en su artículo 79, define que cuando se contrate a través del ETS, el salario debe ser igual al que devenga un trabajador en propiedad que cumple las mismas funciones.

15. Para el año 2010 y parte del 2011, la administración municipal decidió contratar el servicio de vigilancia, administrativo y de servicios generales a través de tercerización con la empresa SERVITEMPORALES S.A, mejorando de esta manera las condiciones del personal contratado, reconociendo la relación laboral, ya que pagó lo relacionado con el derecho a las cesantías, primas, vacaciones, horas extras, recargos nocturnos y todo lo de ley.
16. El actor cumplió sus funciones para la empresa SERVITEMPORALES S.A durante el periodo comprendido del 1 de enero de 2010 y el 11 de diciembre de 2010 y del 1 de enero de 2011 al 30 de junio de 2011, por medio de un contrato que evidencia una intermediación o tercerización, ya que el Municipio de Pereira continuaba siendo el patrono, según se aprecia con lo afirmado en el oficio de 30 de septiembre de 2010, por medio del cual la temporal informó al actor la terminación de su contrato “**por solicitud expresa de la empresa usuaria**” (Subrayado y resaltado en el texto).
17. Llama también la atención en el hecho de que los contratos se liquidaban, y al día siguiente era de nuevo contratado.
18. Durante los años 2004 y el primer semestre de 2005, el municipio de Pereira le pagó el auxilio de transporte, recargos nocturnos, los días dominicales y los aportes a seguridad social, pero no reconoció las demás obligaciones que se desprenden de una relación laboral.
19. Mediante la circular No. 07 de 2006, calendada el 1º de marzo de 2006 y suscrita por el secretario de educación municipal de Pereira, se entregaron recomendaciones e instrucciones de horarios y prohibiciones a los rectores de los establecimientos educativos, lo que demuestra una total subordinación de los vigilantes vinculados por órdenes de prestación de servicios.
20. El demandante laboraba turnos de 12 horas, con horarios nocturnos y labores en dominicales y festivos.

1.3.- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Se invocaron en la demanda las siguientes disposiciones:

Artículos 23,35 y 65 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 1295 de 1994;

Ley 21 de 1982 y

Ley 50 de 1990.

La primera parte de la sustentación 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.

Señaló 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 febrero de 2004 hasta febrero de 2012, lo que contradice lo establecido por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Esgrimió las tesis jurisprudenciales sostenidas en casos similares, concluyendo que los trabajadores que cumplían funciones de vigilancia no han desarrollado su labor en el Municipio de Pereira de manera independiente, máxime si el señor Gañán Suárez se desempeñó en las mismas condiciones que los vigilantes nombrados por el municipio para las instituciones educativas.

Concluyó reiterando la pretensión sobre la sanción moratoria, al estar demostrada en este caso la mala fe por parte del demandado que, abusando de su posición dominante, viola la ley laboral, siendo que el Estado está obligado a garantizar un trabajo en condiciones dignas.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

El apoderado del Municipio de Pereira contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, en respaldo de lo cual sostuvo:

Con relación a lo previsto en los artículos 25 y 53 de la Constitución Política, con los contratos de prestación de servicios se le garantizaron al demandante condiciones dignas y justas, remuneradas, ajustadas a lo establecido en el numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, que dispone que los contratos de prestación de servicios celebrados entre personas naturales y entidades estatales en ningún caso generan relación laboral ni prestaciones sociales. Adicionalmente, mencionó pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en este sentido, manifestando que no se pueden confundir los efectos surgidos de un contrato de prestación de servicios con la calidad de empleado público, pues ello implica desconocer los elementos esenciales exigidos por el ordenamiento para que un particular pueda acceder a la función pública.

Señaló que dentro de la documental allegada junto con la demanda, no se observa prueba alguna sobre el elemento de subordinación, y que de la valoración conjunta de las pruebas aportadas no se logra evidenciar sino que el actor fue vinculado por contratos de prestación de servicios y que sobre la ejecución de los mismos se pagaba mensualmente su valor, por lo que la circunstancia de que el demandante cumpliera un horario no prueba subordinación alguna, pues la administración contrata y requiere la prestación de servicio en horarios establecidos según sus necesidades.

Propuso como excepciones de mérito la inexistencia de causa para demandar y el cobro de lo no debido, por considerarlo improcedente sobre lo que no se causó, siendo que en este caso no hay prueba que demuestre que la entidad estatal actuó fuera de la órbita legal y constitucional.

² Folios 182 a 191.

III. DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL³

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.⁴

Mediante auto calendado el 11 de julio de 2013, se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el numeral 1 del artículo 180 del CPACA, para el día 31 de julio de 2013⁵.

El siguiente es el resumen en el presente caso, a modo de antecedentes:

Saneario del Proceso (Art. 180-5 CPACA)

De conformidad con lo consignado en el acta de audiencia inicial y en audio correspondiente a la vista pública (Folio 217), en el minuto 2:56, se señaló:

«El magistrado indaga a los apoderados de las partes, si encuentran alguna causal que invalide lo hasta ahora actuado o vicio susceptible de sanearse en esta instancia procesal, sin que se advierta por éstos defecto alguno que deba corregirse en esta etapa del proceso.

Acto seguido, se advierte por el magistrado que dentro del presente proceso no se observan vicios del procedimiento que enerve su trámite y/o pueda acarrear la expedición de una sentencia inhibitoria.».

Excepciones (Art. 180-6 CPACA)

Al minuto 3:16 del audio correspondiente a la vista pública (Folio 217), se señaló:

«No ha sido propuesta por parte de la entidad accionada ninguna de las enlistadas en el numeral 6º del artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ni en el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, normatividad aplicable por expresa remisión del artículo 306 del Código de Procedimiento

³ Folios 211 a 216.

⁴ Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. (2015) EJRLB.

⁵ Folio 207.

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así como tampoco el suscrito encuentra probada alguna de oficio.».

La decisión fue notificada en estrados.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

Como lo ha sostenido la Sala de Subsección, la fijación del litigio es el eje del juicio por audiencias, siendo guía y ajuste de la sentencia, porque además define el marco del debate jurídico probatorio a surtirse dentro de las etapas siguientes del proceso, siendo su objeto la determinación de los hechos discutidos o no aceptados por las partes, para aplicar a ellos el debate jurídico y probatorio pertinente para resolver de fondo la controversia⁶.

Consta en el expediente que una vez que se examinaron los hechos y las pretensiones, el tribunal fijó el litigio al minuto 3:55, así:

«Acto seguido el magistrado instructor indaga a las partes sobre los hechos respecto de los cuales haya acuerdo, y los demás extremos de la demanda y su contestación.

El apoderado de la parte demandante: Indica que se circunscribe al reconocimiento de la relación laboral del demandante, en calidad de vigilante a través de contratos de prestación de servicios, por los lapsos determinados en la demanda, con las consecuencias que acarrea esa declaración como es pagar a título de indemnización las prestaciones de ley.

El apoderado de la parte demandada: A su juicio es el contrato de prestación de servicios, el municipio se ratifica en su posición referente a que lo que vincula al demandante con el municipio es apenas un contrato de prestación de servicios regido por la Ley 80 de 1993.

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

Si entre el municipio de Pereira y el señor Osmar de Jesús Gañan Suárez existió una relación laboral, que lo hace acreedor al pago de prestaciones sociales y emolumentos que constituyan factor salarial, de acuerdo con la labor que desempeñaba».

La decisión fue notificada en estrados.

⁶ Artículos 180-7 CPACA y 372-7, inciso 4 CGP.

Audiencia de pruebas (Art. 181 CPACA)

De conformidad con lo consignado en el acta de audiencia de que trata el artículo 181⁷ y en audio correspondiente a la vista pública (Folio 230), en el minuto 2:04, se señaló:

«Procede entonces el Despacho con el desarrollo de la diligencia, para lo cual se determina lo que pasa a indicarse:

1. Téngase como pruebas los documentos allegados con ocasión del decreto de pruebas realizado por el suscrito en diligencia llevada a cabo el día 31 de julio de 2013, que reposan a folios 225 y siguientes del cuaderno 1-1, y que obedecen a las siguientes piezas procesales:

- Copia auténtica de la circular 07 de 2006, remitida por la Secretaría de Educación Municipal de Pereira (fl. 224 vto. del cuaderno 1-1).

- Certificación expedida por el Rector del Colegio Compartir Las Brisas del municipio de Pereira, por medio del cual se informa la labor desempeñada por el señor Osmar de Jesús Gañan Suárez y lo correspondiente a los horarios de la misma (fl. 225 íbidem).».

En el minuto 2:50 se resolvió:

«Se precisa que el certificado solicitado al Rector del Instituto Técnico Superior, no fue allegado al expediente».

En el minuto 3:43 se resolvió:

«Procede el Despacho con el desarrollo de la diligencia, a recepcionar el testimonio del señor José Gerardo Jaime Noreña, quien exhibe cédula de ciudadanía número 18.504.762 expedida en Dosquebradas (Risaralda), previa advertencia de los efectos penales correspondientes, previstos en el artículo 442 del Código Penal, modificado por el artículo 8º de la Ley 890 de 2004, el suscrito toma el juramento de rigor, por cuya gravedad prometió decir la verdad y nada más que la verdad en la declaración que va a rendir. Acto seguido y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 228 del Código de Procedimiento Civil, al testigo se le interroga acerca de sus generales de ley y se le informa acerca de los hechos objeto de su declaración, procediendo posteriormente a interrogarlo sobre los mismos.

Posteriormente se les concede el uso de la palabra a los apoderados tanto de la parte demandante como de la parte demandada, para que realicen las preguntas que a bien tengan.

El apoderado de la parte demandada presenta tacha de sospechoso respecto del testigo, en tanto bajo su criterio, el mismo posee como intención demandar a futuro por los mismos hechos discutidos en el presente asunto.».

⁷ Folios 226 al 229.

En el minuto 15:21 se resolvió:

Igualmente, se hizo presente con el fin de rendir declaración el señor Edgar Arturo Neira Paredes, quien exhibe cédula de ciudadanía número 19.434.187 expedida en Bogotá (Cundinamarca). Previa advertencia de los efectos penales correspondientes, previstos en el artículo 442 del Código Penal, modificado por el artículo 8º de la Ley 890 de 2004, el suscrito magistrado recibe el juramento de rigor, por cuya gravedad prometió decir la verdad y nada más que la verdad en la declaración que van a rendir. Acto seguido y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 228 del Código de Procedimiento Civil, al testigo se le interroga acerca de sus generales de ley y se le informa acerca de los hechos objeto de su declaración, procediendo posteriormente a interrogarlo sobre los mismos.

Posteriormente se les concede el uso de la palabra a los apoderados tanto de la parte demandante como de la parte demandada, para que realicen las preguntas que a bien tengan.

Igualmente, el apoderado de la parte demandada tacha de sospechoso al anterior testigo, en tanto el mismo manifiesta que ya presentó demanda por los mismos hechos que se discuten en el presente asunto.

Respecto del testigo Rigoberto Usma Usma, se deja constancia que el apoderado de la parte demandante, quien solicitó la prueba, renuncia a la práctica de este testimonio. Ante lo cual accede el Magistrado.».

Alegaciones y juzgamiento (Art. 182 CPACA)

De conformidad con lo consignado en el acta de audiencia de que trata el artículo 181⁸ del CPACA y en el audio correspondiente a la vista pública (Folio 230), en el minuto 25:47 se dijo que teniendo en cuenta que no existen más pruebas por practicar, atendiendo las voces del inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y al considerar que no se hace necesario llevar a cabo la audiencia de alegaciones y juzgamiento de que trata el artículo 182 de la misma disposición, se dispuso la presentación por escrito de los alegatos de conclusión, dentro de los diez (10) días siguientes a la celebración de la audiencia, oportunidad en la cual podrá el Ministerio Público emitir concepto si a bien lo tiene.

IV. LA SENTENCIA APELADA⁹

Con la sentencia del 20 de septiembre del 2013, el Tribunal Administrativo de

⁸ Folios 244 al 261.

⁹ Folios 245 a 261.

Risaralda- Sala de Decisión – accedió a las súplicas de la demanda, con los fundamentos que se resumen a continuación:

El Tribunal abordó el tema preguntándose si en el presente asunto le asiste al demandante derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones dejadas de percibir con ocasión del vínculo que mantuvo con la entidad demandada, o si por el contrario no hay lugar a dicho reconocimiento por tratarse de un contrato de prestación de servicios.

Con fundamento en el material probatorio referenciado, analizó las circunstancias de hecho con el fin de determinar si el señor Gañán Suárez cumple con los requisitos para el reconocimiento de una relación laboral con el consiguiente reconocimiento de las prestaciones sociales a que tenga derecho, de conformidad con la normatividad que regula la materia y la jurisprudencia que desarrolla la misma. Reconoció que la Constitución Política en sus artículos 122 y 125 tiene previstas en nuestro régimen jurídico tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores a saber: a) de los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) de los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) de los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal).

Señaló que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de la relación contractual previsto en el artículo 53 constitucional tiene plena aplicación en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios que impliquen una relación laboral, de tal manera que se configura la relación dentro de un contrato de esta modalidad, lo que conlleva a la necesidad de ofrecer protección al derecho al trabajo y a las garantías laborales consecuentes, sin reparar en la calificación o denominación conferida al vínculo desde el punto de vista formal, haciendo valer las relaciones de trabajo sobre la apariencia de una relación distinta, que opera tanto en las relaciones privadas como en las estatales.

Así pues, el contrato de prestación de servicios lo utiliza la administración como medio para contratar los servicios que no puede obtener con servidores de la planta de personal por razones técnicas, profesionales o científicas, en tanto que la relación legal y reglamentaria implica una vinculación para realizar labores

propias de las funciones habituales del organismo oficial respectivo, generando una relación permanente, subordinada y remunerada.

Indicó que para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago; además, debe probar que en la relación con el empleador existía subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Sobre la configuración de los elementos de la relación laboral, indicó el fallador que dentro del expediente a folios 11 y siguientes, obran las copias de las órdenes de prestación de servicios entre la Alcaldía de Pereira – Secretaría de Educación Municipal y el señor Osmar de Jesús Gañán Suárez, así como las actas que contienen las declaraciones de los señores José Gerardo Noreña y Edgar Arturo Neira, que permiten concluir la existencia de una subordinación ejercida en este caso por el rector de la institución en que el actor prestaba sus servicios, evidenciando que las labores desarrolladas eran designadas y controladas de manera permanente por estos.

Concluyó afirmando que queda plenamente demostrado que en el presente caso el municipio de Pereira desconoció el principio de primacía de la realidad sobre las formas y el derecho fundamental a la igualdad, lo que permite colegir que han quedado desvirtuados los contratos de prestación de servicios por medio de los cuales el señor Osmar de Jesús Gañán Suárez fue vinculado al ente territorial demandado.

Por ende, admitió que la subordinación o dependencia respecto de la institución educativa quedó suficientemente demostrada, pues el demandante, en forma personal y continua o ininterrumpida, prestaba sus servicios como vigilante y recibía a cambio una remuneración, elementos que permiten inferir que entre el mismo y el demandado se cumplió una relación de tipo laboral durante el tiempo de vigencia de los contratos su ordenes de prestación de servicios, evento en el cual, como ya se dijo, surge el derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales en su favor.

Sobre la alegada vinculación del demandante con la empresa SRVITEMPORALES S.A., la sentencia guardó silencio, y simplemente omitió computar el tiempo de servicios respectivo.

Resolvió anular el acto demandado y condenar a la demandada al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales por los periodos comprendidos entre el 1 de marzo de 2005 y el 30 de diciembre de 2009, y el 1 de julio de 2011 y el 29 de febrero de 2012; para efectos pensionales, tuvo en cuenta el tiempo servido entre el 29 de febrero de 2004 y el 30 de diciembre de 2009, y el 1 de julio de 2011 y el 29 de febrero de 2012.

V. LA APELACIÓN¹⁰

Inconforme con la decisión anterior, la parte demandante interpuso oportunamente el recurso de apelación con el objeto de que la sentencia recurrida sea modificada, para lo cual presentó los siguientes argumentos:

1. Se ordenó al municipio de Pereira el reconocimiento de prestaciones sociales al actor a partir del 1º de marzo de 2005, pese a estar plenamente demostrado que su relación laboral con el demandado surgió desde el 29 de febrero del año 2004.
2. El fallador de instancia no reconoció las denominadas “diferencias salariales” pese a ser un privilegio del cual goza el personal posesionado que realiza iguales o similares funciones a las realizadas por el demandante, como se probó en el proceso.
3. No hubo pronunciamiento sobre el trabajo suplementario pese a que este factor quedó plenamente demostrado.
4. No se le reconoció ningún derecho por el tiempo en que laboró en la empresa de servicios temporales SERVITEMPORALES S.A.

¹⁰ Folios 265 a 270.

La parte demandada guardó silencio.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO¹¹

La Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto dentro del asunto de la referencia, manifestando que las labores que desarrolló el demandante no fueron ocasionales o temporales, pues estaba subordinado a las directrices que se le impartieran. Por otra parte, observó que en los mismos contratos se determinó que las directrices eran las definidas por el rector, situación que demuestra la sujeción del demandante a las órdenes de un superior.

Agregó que en el expediente obra una constancia expedida por la Secretaría de Educación del municipio de Pereira, en la que se relacionan, año por año, los contratos de prestación de servicios suscritos por Gañán Suárez como conserje, desde el 29 de febrero del 2004 hasta el 29 de febrero del 2012 con el ente territorial, tomando en cuenta que para el año 2010 la vinculación fue a través de la empresa SERVITEMPORALES S.A.

En efecto, la Agencia Pública afirmó que, como lo sostuvo el Tribunal, el demandante no desarrolló actividades ocasionales o temporales, para las cuales la ley 80 de 1993 previó la figura del contrato de prestación de servicios y por el contrario, laboró para el municipio de Pereira en la institución educativa Las Brisas sin interrupción por más de 7 años, situación que permite determinar que existió una verdadera relación laboral por la actividad que desarrollaba como vigilante.

Concluyó solicitando que se modifique la sentencia apelada que declaró la nulidad de los actos demandados, disponiendo que se incluya el pago de la indemnización por el período comprendido entre el primero de enero del 2010 al 11 de diciembre del 2010 y desde el primero de enero del 2011 al 30 de junio del 2011 por la vinculación laboral del actor con la empresa temporal SERVITEMPORALES S.A., y que se reconozca la diferencia que surja por concepto de prestaciones sociales en igualdad de condiciones que un vigilante.

VII. CONSIDERACIONES

El problema jurídico.

¹¹ Folios 308 a 313 vuelto.

Corresponde a la Sala determinar si al demandante le asiste derecho a que se le reconozcan (i) Los conceptos y valores sobre prestaciones sociales a partir del 29 de febrero del año 2004 y (ii) Las denominadas “diferencias salariales” por la labor cumplida frente a los valores reconocidos al personal de planta que realiza iguales o similares funciones; y si proceden los pronunciamientos solicitados sobre: (iii) El trabajo suplementario, y (iv) Los derechos que puedan corresponder por el tiempo que laboró en la empresa de servicios temporales SERVITEMPORALES S.A¹².

A ellos se circunscribirán las consideraciones y pronunciamientos en esta instancia.

Del caso en concreto

Con los elementos que se relacionan a continuación, se encuentran probados los siguientes hechos:

1. El señor Gañán Suárez formuló una petición de 23 de agosto de 2012 al municipio de Pereira con la que solicitó el reconocimiento y pago de reajustes salariales y prestacionales a su favor por haber laborado en dicha entidad entre el 29 de febrero del 2004 y el 29 de febrero del 2012 (Folios 5 al 7).
2. Mediante oficio 022037 de 28 de agosto del 2012, el municipio de Pereira, por medio de la Dirección Administrativa de Prestación del Servicio y Administración de Plazas Docentes de la Secretaría de Educación, respondió la petición negando la solicitud del pago del reajuste salarial de prestaciones sociales del señor Osmar de Jesús Gañán Suárez, arguyendo que la relación sostenida entre las partes fue de contrato de prestación de servicios (Folio 4).
3. Obran los formatos de las actas mensuales de interventoría de los contratos con la institución educativa Compartir Las Brisas, con las certificaciones de recibido a satisfacción de la prestación del servicio objeto del contrato suscrito con el actor, y de la realización oportuna de los pagos por aportes en salud y pensiones por el período comprendido en el primero de enero del 2008 y el 31 de diciembre del 2009 (Folios 41 al 45 - 54 al 58 y 69).

¹² Folio 266.

4. Obra la certificación laboral expedida por SERVITEMPORAL S.A., que da cuenta que el señor Osmar de Jesús Gañán Suárez laboró en dicha empresa como trabajador en misión con la alcaldía del municipio de Pereira - Secretaría de Educación, en el cargo de conserje desde el primero de enero del 2010 hasta el 30 de junio del 2011 (Folio 99).
5. Aparece copia de la liquidación del contrato definitivo por parte de SERVITEMPORALES S.A. al señor Gañán Suárez de fecha 7 de octubre del 2010 (Folio 101).
6. Copia del contrato individual de trabajo suscrito entre la empresa SERVITEMPORALES S.A. y el demandante para el periodo comprendido entre el 9 de octubre de 2010 y el 1° de enero del 2011 (Folios 102 y 103).
7. Copia del Decreto Municipal 284 del 14 de mayo del 2007, por medio del cual se estableció el plan anual de vacantes correspondientes a la planta de personal administrativo de la Secretaría de Educación municipal (Folios 112 a 114).
8. Copia simple de la respuesta al derecho de petición con radicado 38598 del 17 de septiembre del 2012, emitida por la Dirección Administrativa de Prestación del Servicio Educativo y Administración de Plazas Docentes que contiene la relación de cargos y plazas que conforman la planta de personal en la entidad (Folio 115).
9. Copia simple de la circular número 07 del 2006 proferida por el Secretario de Educación del municipio de Pereira mediante la cual se imparten instrucciones a los rectores de los establecimientos educativos oficiales del municipio, sobre el manejo del personal de celadores vinculados en propiedad, con OPS o en provisionalidad (Folios 116 y 117).

Marco jurídico aplicable al caso

Los conceptos y valores sobre prestaciones sociales a partir del 29 de febrero del año 2004.

A folio 8 del cuaderno número 1 obra la constancia del 30 de octubre del 2012, expedida por la Dirección Administrativa de Prestación del Servicio Educativo y Administración de Plazas Docentes de la Secretaría de Educación del Municipio de Pereira, según la cual señor Osmar de Jesús Gañán Suárez suscribió órdenes de prestación de servicios y contratos desde el año 2004, como se muestra en el siguiente cuadro:

OBJETO	DESDE	HASTA	FOLIO
Celador	29-02-2004	30-04-2004	11
Servicios secretaria	1-05-2004	30-06-2004	12
Celador	1-10-2004	31-12-2004	13
Celador	1-01-2005	28-02-2005	14
Servicios vigilancia	1-03-2005	30-04-2005	17 y 18
Servicios vigilancia	1-05-2005	31-05-2005	15
Servicios vigilancia	1-06-2005	30-06-2005	16
Servicios vigilancia	1-07-2005	30-07-2005	19
Servicios vigilancia	1-08-2005	31-08-2005	20
Servicios vigilancia	1-09-2005	30-09-2005	21
Servicios vigilancia	1-10-2005	31-10-2005	22
Servicios vigilancia	1-10-2005	31-12-2005	23
Servicios vigilancia	1-01-2006	31-01-2006	24
Servicios vigilancia	1-02-2006	31-03-2006	25
Servicios vigilancia	7-04-2006	31-05-2006	26
Servicios vigilancia	1-06-2006	31-07-2006	27
Servicios vigilancia	1-08-2006	31-08-2006	28
Servicios vigilancia	1-09-2006	31-12-2006	29
Servicios vigilancia	2-01-2007	28-02-2007	30
Servicios vigilancia	1-03-2007	30-04-2007	31
Servicios vigilancia	1-05-2007	30-06-2007	32
Servicios vigilancia	1-07-2007	5-07-2007	33
Servicios vigilancia	6-07-2007	30-09-2007	34
Servicios vigilancia	1-10-2007	31-10-2007	35
Servicios vigilancia	1-11-2007	30-10-2007	36

Servicios vigilancia	1-12-2007	31-12-2007	37
Servicios vigilancia	2-01-2008	31-01-2008	40
Servicios vigilancia	1-02-2008	29-02-2008	38 y 39
Servicios vigilancia	1-03-2008	31-12-2008	43 y 44
Servicios vigilancia	1-02-2009	31-12-2009	56 y 57
Servicios vigilancia	29-06-2011	31-10-2011	70 y 71
Servicios vigilancia	1-10-2011	31-12-2011	72 y 73
Servicios vigilancia	2-01-2012	31-03-2012	74 y 75

La sentencia apelada reconoció el derecho al pago de prestaciones sociales al actor a partir del 1º de marzo de 2005, para la Sala en forma inexplicable, dado que en su parte considerativa sostuvo que estimaba procedente su reconocimiento a partir del año 2004, como se aprecia en el siguiente texto, tomado de la *ratio decidendi* respectiva¹³:

«De acuerdo con lo anterior, se encuentra debidamente probado que el señor Osmar de Jesús Gañán Suárez prestó sus servicios al municipio de Pereira –Secretaría de Educación, como celador en el Establecimiento Educativo Compartir Las Brisas, cumpliendo con las labores de vigilancia desde el 29 de febrero de 2004 hasta el 30 de diciembre de 2009, y del 1º de julio de 2011 hasta el 29 de febrero de 2012...».

¹³ Folio 257.

En consecuencia, se estima que en este aspecto le asiste razón al recurrente, motivo por el cual se modificará la sentencia en cuanto al tiempo total de servicios prestados por el demandante.

Las denominadas “diferencias salariales”.

La pretensión procura el reconocimiento de una especie de equivalencia entre la asignación mensual establecida en la nómina de la entidad pública para los cargos de planta, y la que fue contratada y pagada al demandante con fundamento en las vinculaciones de prestación de servicios, lo que resulta improcedente por las razones expuestas de tiempo atrás por esta Corporación, de acuerdo con las cuales dicha equivalencia o equiparación se descarta. Ha sostenido:

«Sin embargo y como se precisó, el simulado contrato de prestación de servicios docentes suscrito con la demandante, pretendió esconder una vinculación de derecho laboral público, a pesar de que, como se explicó, la actora no puede ser considerada empleada pública docente, desconociendo el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la C.P., y ocasionando unos perjuicios que deben ser resarcidos a la luz del artículo 85 del C.C.A.

Debe decirse que no es posible ordenar el reconocimiento de las diferencias salariales entre lo que se canceló a la demandante en virtud de los contratos y el salario devengado por los servidores públicos docentes departamentales y nacionales porque las asignaciones salariales en el caso de los docentes dependen de las condiciones particulares demostradas por cada uno de ellos, y porque aceptada la existencia del contrato realidad, debe también aceptarse como válido el pacto que las partes hicieron de la remuneración, por ello no se ordenará el pago de diferencia salarial alguna.

Será entonces el valor pactado en el contrato el que servirá de base para la liquidación de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales

Que devenga cualquier docente al servicio de la entidad demandada, tal como lo ordenó el a quo.»¹⁴.

Lo que permite concluir que en este aspecto de su demanda no tienen razón, por lo que la petición será negada.

Reconocimiento del trabajo suplementario.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 2 de febrero de 2006. Radicación: 0800-1233-1000-1996-11550 (4250-2005). Partes: Irina del Rosario Ruíz Baena contra el Distrito Especial Industrial y portuario de Barranquilla.

Se demandó por los valores correspondientes al trabajo suplementario entre el 1 de marzo de 2005 y el 30 de diciembre de 2009, y entre el 1 de julio de 2011 y el 29 de febrero de 2012.

Examinado el expediente se observa que entre el 1 de marzo de 2004 y el 28 de febrero de 2005, según los comprobantes de nómina y los contratos correspondientes, contenidos en todo el cuaderno número uno (1), al demandante le fueron reconocidos los siguientes conceptos: Sueldo devengado, recargo nocturno, días festivos, días dominicales y auxilio de transporte, razón por la que el mismo considera que los correspondientes valores fueron pagados satisfactoriamente.

Sin embargo, a partir del 1 de marzo de 2005, en los comprobantes de pago (Folios 83 a 97 cuaderno número 1) aparece reconocido un único concepto que la entidad denominó “prestación de servicios”. Como no hay prueba documental al respecto, la Sala revisó las versiones de dos testigos que constan en el soporte magnético que se encuentra entre los folios 229 y 230 del cuaderno de segunda instancia, y de allí extrajo los siguientes apartes:

Al minuto 8:57 el testigo José Gerardo Jaime Noreña expuso que conoce al señor Gañán Suárez desde febrero de 2004, cuando ingresaron ambos a trabajar en la Institución Educativa Compartir Las Brisas como vigilantes, laborando en turnos de 12 horas de trabajo por 24 de descanso, todos los días de la semana, incluyendo domingos y festivos, y que lo trató hasta el 2007 en que el testigo dejó de laborar para dicha entidad.

A propósito de las actividades ejecutadas por el demandante en esa época en la entidad demandada respondió:

«Cuando yo trabajé con él como vigilante en el colegio Compartir Las Brisas trabajábamos 12 por 24, ahí fuimos compañeros de trabajo, trabajábamos 12 por 24, éramos vigilantes, yo era vigilante con él, y trabajábamos domingos, festivos, de hecho...».

Por su parte, el testigo Edgar Arturo Neira Paredes al minuto 15:02, sobre su relación con el demandante y las actividades ejecutadas para la Institución Educativa Compartir Las Brisas afirmó:

«Nosotros ingresamos el mismo día a laborar con la Alcaldía de Pereira en ese entonces se llamaba vigilantes de los colegios educativos...él empezó en el colegio básico Compartir las Brisas a partir del 29 de febrero ese mismo día firmamos contrato los dos...yo fui asignado al básico Jorge Eliécer Gaitán...».

Respecto de la terminación de la relación, sostuvo:

«Sí señor me consta porque estuvimos mientras Peterson Lopera fue concejal, nos sacaron por cuestiones políticas el 29 de febrero de 2012.»

Finalmente, sobre las actividades que desempeñaba el demandante durante ese tiempo, dijo que eran las mismas que él ejercía como vigilante, haciendo la descripción detallada de las mismas. Al minuto 21:32 dijo así:

«Él personalmente allá en el colegio Las Brisas él cumplía con un horario de 12 por 24, es o sea trabajaba 12 horas y descansaba 24 y volvía nuevamente a reiniciar el turno, los turnos venías diurnos, nocturnos, festivos, o sea, tocaba prestarlo en todos los tiempos...ya después en el 2010 que hubo un cambio pues la alcaldía nos dejó año y medio trabajando directamente con Servitemporales, pero seguimos trabajando en misión con las mismas funciones las mismas 12 horas (...) Y ahí yo hago una constancia de que durante ese año y medio la empresa...nosotros éramos trabajadores en misión de la alcaldía, estábamos en el mismo colegio cumpliendo las mismas funciones...ahí hubo un cambio de horario pero fue muy relativo porque siempre trabajábamos las mismas 12 horas, pero durante ese año y medio nos reconocieron la totalidad de las prestaciones...»

Régimen del trabajo suplementario.

El Decreto 1042 de 1978 determina la jornada de trabajo de los empleados públicos del orden territorial de la siguiente forma:

«[...] ARTÍCULO 33. De la jornada de Trabajo. La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas.»

Posteriormente, la Ley 85 de 1986 estableció, en concordancia con la disposición anterior, que modificó en lo pertinente, lo siguiente:

Artículo 1º.- A partir de la vigencia del presente decreto, a la asignación mensual fijada por la escala de remuneración para los empleos de celadores, corresponde una jornada de trabajo de cuarenta y cuatro (44) horas semanales.

Artículo 2º.- El presente decreto se aplica a los empleos de celadores pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder público en lo Nacional, regulados por el Sistema de Nomenclatura y Clasificación de cargos contemplado en el Decreto Extraordinario 1042 de 1978 y demás disposiciones que lo modifican y adicionan.

Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.

El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras.

De acuerdo con la norma: (i) La jornada de trabajo para los empleados públicos es de cuarenta y cuatro (44) horas semanales con la excepción para los que cumplan funciones discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, en cuyo caso la jornada es especial de doce horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales; (ii) con base en dicha jornada debe fijarse el horario de trabajo y; (iii) se compensa la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras, salvo que exceda la jornada máxima semanal.

Es claro que la jornada de trabajo que se cumpla influye de manera directa en el salario que devenga el empleado, en tanto que la asignación puede variar si se labora tiempo suplementario, caso en el cual, se reconoce un pago adicional a la remuneración que de forma frecuente percibe el servidor público.

Cuando el empleado público labore tiempo adicional a la jornada ordinaria de trabajo establecida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, tiene derecho a que se le reconozca el pago de los recargos o los días compensatorios conforme se estableció en los artículos 34, 35, 36, 37 y 39 de dicha disposición.

Tomando en cuenta lo precedentemente expuesto, la Sala considera probado que el demandante sí prestó sus servicios para la demandada en la modalidad de trabajo suplementario, respecto del cual la sentencia apelada guardó silencio pese a que se solicitó con la demanda, siendo este aspecto uno de los reprochados por el apelante con su recurso.

Comoquiera que la declaración de la relación laboral ha sido reconocida por el *a quo* en forma continua e ininterrumpida desde su comienzo, es decir, desde el 29 de febrero de 2004 al 29 de febrero de 2012, lo que no puede ser desconocido en esta instancia por no constituir objeto de la alzada, la ejecución del trabajo suplementario por los periodos comprendidos entre i) el 1 de marzo de 2005 y el 30 de diciembre de 2009 y ii) el 1 de julio de 2001 al 29 de febrero de 2012, reclamada por el demandante, sería susceptible de ser reconocida, pero en el expediente no hay prueba alguna de su real y efectiva prestación. Si bien de las declaraciones de los testigos se infiere que la hubo, por turnos de 12 horas de trabajo por 24 horas de descanso, con labores en domingos y festivos, no puede por ese solo hecho la Sala concluir que dicha prestación se cumplió todas las semanas en dicho periodo. Mal podría suponer que efectivamente se asignaron los turnos y que hubo prestación del servicio en dominicales y festivos si el demandante, teniendo la carga de su prueba, no aportó ninguna en tal sentido, limitándose a presentar la reclamación, al contrario de lo que ocurrió con el periodo anterior, cuya prueba está en el expediente con los comprobantes de pago de nómina, como ya se dijo.

Por tanto, si bien el tiempo de servicio se computará para los efectos prestacionales a que haya lugar, no se realizará el reconocimiento del valor del trabajo suplementario por no estar probado en el expediente.

Los derechos que puedan corresponder por el tiempo en que ejecutó labores en la empresa de servicios temporales SERVITEMPORALES S.A.

Se afirmó en la demanda que Osmar de Jesús Gañán Suárez fue vinculado como trabajador en misión, a través de la Empresa de Servicios Temporales SERVITEMPORALES S.A., para la que laboró desde el 1º de enero de 2010 al 11 de diciembre de 2010 y desde el 1º de enero de 2011 al 30 de junio de 2011, que le pagaba por sus servicios el salario mínimo y la prestaciones sociales de ley, así

como el tiempo suplementario laborado, razón por la cual solo reclama el reconocimiento de dicho tiempo como servido para efectos pensionales no siendo tales aspectos objeto de la apelación.

En esta instancia y de conformidad con los motivos de la apelación, corresponde establecer si el demandante mantuvo con el municipio de Pereira la relación laboral entre el 1° de enero de 2010 y el 30 de junio de 2011, cuando fue enviado en misión a la empresa SERVITEMPORALES S.A., respecto de la cual, pese a ser solicitada en la demanda, no se pronunció la sentencia apelada.

Para dilucidar si hay lugar al reconocimiento de dicho tiempo como servido laboralmente para el Municipio de Pereira, se observa que en el expediente obra copia del contrato de prestación de servicios suscrito el 29 de diciembre de 2009 entre dicho municipio y la empresa SERVITEMPORALES S.A., para la «PRESTACIÓN DE SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN Y SUMINISTRO DE PERSONAL TEMPORAL DE APOYO TÉCNICO, ADMINISTRATIVO Y OPERATIVO EN LOS PLANTELES EDUCATIVOS OFICIALES DEL MUNICIPIO DE PEREIRA PARA LA VIGENCIA 2010». En él se incluyen 95 plazas de conserjes nocturnos y 191 diurnos, con la respectiva relación de derechos y obligaciones para las partes.

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, existe responsabilidad solidaria entre el dueño de la labor y el contratista que suministra los trabajadores para desarrollar su objeto, en los siguientes términos:

«ARTÍCULO 34. Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos de sus trabajadores y no representantes ni simples intermediarios, las personas que contraten la ejecución de una o varias obras o labores en beneficio ajeno por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo, dueño de la obra o base industrial a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.» (Subrayado ajeno al texto).

Es claro entonces que en el presente caso se configuró dicha solidaridad, dado que las actividades desplegadas por los vigilantes y/o conserjes no son extrañas a la labor requerida por la Alcaldía de Pereira para sus instituciones educativas, en

tanto que son indispensables para la seguridad personal de los estamentos educativos, las instalaciones y los equipos y elementos propios de las distintas actividades académicas y administrativas de los centros educativos municipales.

«Para la Corte, en síntesis, lo que se busca con la solidaridad laboral del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo es que la contratación con un contratista independiente para que realice una obra o preste servicios, no se convierta en un mecanismo utilizado por las empresas para evadir el cumplimiento de obligaciones laborales. Por manera que si una actividad directamente vinculada con el objeto económico principal de la empresa se contrata para que la preste un tercero, pero utilizando trabajadores, existirá una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales de esos trabajadores.»¹⁵.

La Corte Constitucional, al evaluar los requisitos de dicha solidaridad, ha expresado:

«Se predica responsabilidad solidaria en materia laboral, al tenor del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando se cumplen los siguientes presupuestos: (i) la empresa contratante contrata a la empresa contratista para que realice una labor o ejecute una obra que en principio correspondería efectuarla a ella, por ser una de las actividades relacionadas en su objeto social; (ii) la empresa contratista contrata, a través de contrato laboral, al trabajador o a los trabajadores que se requieren para para la ejecución de la labor o la obra; (iii) la labor ejecutada por el trabajador en beneficio de la empresa contratante guarda relación directa con una o varias de las actividades que aquella realiza, de acuerdo con el giro propio de sus negocios; (iv) la empresa contratista incumple, total o parcialmente, sus deberes como empleadora, de uno o varios trabajadores que ejecutan la labor en beneficio de la empresa contratista; y, (v) la labor la ejecutó el trabajador bajo órdenes y supervisión de la empresa contratante; o siguiendo lineamientos por ella establecidos; o en las instalaciones físicas de la misma y haciendo uso de sus recursos físicos y de personal; o todas las anteriores.»¹⁶.

Se concluye en este aspecto que los servicios prestados por el demandante para SERVITEMPORALES S.A. por cuenta y en misión para el Municipio de Pereira, convierten a éste último en responsable solidario de las obligaciones salariales y prestacionales surgidas de la relación contractual a que se viene haciendo referencia. Sin embargo, como no está en discusión su reconocimiento y pago, que el demandante aceptó, la Sala limitará su pronunciamiento a la continuidad en la prestación del servicio con efectos pensionales con el municipio de Pereira, objeto de la apelación, entre el 1° de enero de 2010 y el 30 de junio de 2011.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia de 1° de marzo de 2011. Radicación: 35864.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-889 de noviembre 20 de 2014.

De la prescripción extintiva de derechos.

Como se desprende de lo previsto por el numeral 6 del artículo 180 y el inciso segundo del artículo 187 del CPACA, la excepción de prescripción extintiva de los derechos demandados se puede resolver de oficio por el juez, haya sido o no alegada, si la encuentra probada.

En el presente caso se observa que la relación laboral entre las partes concluyó el 29 de febrero de 2012; y que la petición formulada por el demandante al municipio de Pereira para el reconocimiento de la relación laboral y la consecuente condena al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales, se formuló el 23 de agosto de 2012, por haber laborado en dicha entidad entre el 29 de febrero del 2004 y el 29 de febrero del 2012 (Folios 5 al 7).

Lo anterior quiere decir que los derechos laborales que se hubieren causado en favor del demandante con anterioridad al 23 de agosto de 2009 se encuentran prescritos, salvo el derecho al reconocimiento del tiempo servido con efectos pensionales, por lo que se declarará la prescripción extintiva de los mismos.

En consecuencia, se modificará la sentencia del 20 de septiembre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda en cuanto al reconocimiento del tiempo total de servicios prestados por el demandante para el municipio de Pereira, se declarará la prescripción de los derechos laborales causados con anterioridad al 23 de agosto de 2009, se negará el pago del trabajo suplementario y las diferencias salariales demandadas, y se confirmará la sentencia apelada en lo demás.

De la condena en costas

En cuanto a la condena en costas en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esta Sala de Subsección ha fijado un criterio objetivo valorativo¹⁷, razón por la cual, en virtud de lo dispuesto por el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, no se condenará en costas dado que no aparece en el expediente la prueba de su causación.

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 7 de abril de 2016. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014).

Reconocimiento de apoderado

En vista de que el apoderado de la parte demandada renunció al poder y que fue conferido uno nuevo a otro profesional del derecho, como aparece a folios 315 y 323, se decidirá de conformidad.

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,

F A L L A

PRIMERO: MODIFICAR los numerales 3 y 5 de la parte resolutive de la sentencia de 20 de septiembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que quedarán así:

3. En consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** al municipio de Pereira a reconocer y pagar al demandante Osmar de Jesús Gañán Suárez las prestaciones sociales tomando como base los honorarios contractuales derivados de los contratos de prestación de servicios correspondientes al periodo en el cual demostró la existencia de la relación laboral, es decir, entre el 23 de agosto de 2009 y el 29 de febrero de 2012, de conformidad con las consideraciones contenidas en la presente providencia.

5. El tiempo laborado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, entre el 29 de febrero de 2004 y el 29 de febrero de 2012, se debe computar para efectos pensionales.

SEGUNDO: DECLARAR la prescripción extintiva de los derechos laborales que se causaron con anterioridad al 23 de agosto de 2009, salvo en lo relacionado con sus efectos pensionales.

TERCERO: NEGAR las diferencias salariales solicitadas.

CUARTO: NEGAR el reconocimiento del trabajo suplementario.

QUINTO: CONFIRMAR la sentencia apelada en lo demás.

SEXTO: Sin costas en esta instancia, por lo expuesto.

SÉPTIMO: Aceptar la renuncia al poder presentada por el abogado Nelson Andrés Moreno Zambrano, de condiciones civiles anotadas en autos y, en su lugar, reconocer personería para actuar como apoderado de la entidad demandada al abogado César Augusto Arroyave Gil, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 10.030.887 y la Tarjeta Profesional número 228.734 del Consejo Superior de la Judicatura.

Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente a su lugar de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
En comisión

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ