



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B**

**CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

Bogotá D.C., 6 de octubre de 2016.

Radicación: 660012333000201300091 01(0237-2014).  
Demandante: Miguel Ángel Castaño Gallego  
Demandado: Municipio de Pereira – Secretaría de Educación Municipal  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Ley 1437 de 2011  
Asunto: De la relación jurídica existente entre una Empresa de Servicios Temporales y el trabajador en misión que lleva a cabo la prestación personal del servicio en una entidad pública, existe un verdadero contrato de trabajo o relación laboral, regida por la normatividad laboral del Código Sustantivo del Trabajo.

**Segunda instancia – apelación de sentencia.**

---

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección Segunda después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales<sup>1</sup>, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 24 de septiembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Risaralda, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Miguel Ángel Castaño Gallego contra el municipio de Pereira.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. LA DEMANDA.-**

Mediante apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho<sup>2</sup>, establecido en el art 138 de la Ley 1437 de 2011, el señor Miguel Ángel Castaño Gallego, acudió a esta jurisdicción a fin de controvertir la legalidad del Oficio 18781 del 26 de julio de 2012, expedido por el secretario de educación y la directora administrativa de prestación del servicio y administración de plazas docentes de la entidad demandada, para lo cual, solicitó la nulidad del mismo al habersele negado el reconocimiento de una relación laboral legal y reglamentaria.

De igual forma, como pretensiones solicitó: i) condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de sus derechos laborales, en proporción al tiempo trabajado; ii) el pago de los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que fueron costeados con su peculio, en el período comprendido del 29 de febrero del año 2004 al 30 de diciembre del 2009 y del 1 de julio del 2011 al 29 de febrero del 2012; iii) pagar durante

---

<sup>1</sup> Dadas las condiciones previstas en el numeral 4º del artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, y siendo innecesaria la celebración de la audiencia pública, se corrió traslado para alegar de conclusión por escrito el 24 de junio de 2014, a las partes y al Ministerio Público.

<sup>2</sup> Previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

el período correspondiente del 1 de enero de al 11 de diciembre de 2010 y desde el 1 de enero de 2011 al 30 de junio de 2011, durante el cual estuvo vinculado a través de contrato de trabajo con la empresa de servicios temporales Servitemporales; así como el valor reajustado de las prestaciones sociales, salud y trabajo suplementario conforme al valor que devengan las personas nombradas en la planta de la entidad demandada que realizan las mismas funciones; iv) pagar la sanción moratoria y las costas procesales.

Las anteriores pretensiones fueron debidamente sustentadas en los siguientes:

## **HECHOS**

Sostuvo que prestó servicios al municipio de Pereira en la Secretaría de Educación como vigilante de la institución educativa Leningrado, mediante contrato de prestación de servicios del 29 de febrero de 2004 al 30 de diciembre de 2009 y del 01 de julio de 2011 al 29 de febrero de 2012. De igual manera, manifestó laborar como trabajador en misión con la Empresa de Servicios Temporales Servitemporales S.A. del 1 de enero al 11 de diciembre de 2010 y del 1 de enero de 2011 al 30 de junio de esa misma anualidad, lapso en el que prestó su servicio al municipio de Pereira.

Señaló que en los contratos suscritos se determinaron las funciones que debía ejercer, las cuales hacen notoria la subordinación a la que se encontraba sujeto, indicando, entre otras, el cumplimiento de los turnos de portería que se le asignaron, en coordinación con el rector de la institución o el director rural.

Manifestó que durante el período que estuvo vinculado mediante contratos de prestación de servicios no le fueron reconocidas las prestaciones a las que por ley tiene derecho.

Indicó que si bien durante el tiempo que estuvo contratado a través de la empresa de servicios temporales Servitemporales S.A. se le reconocieron las prestaciones sociales de ley, liquidadas con base al salario mínimo mensual, lo cierto es que se vulneró el artículo

50 de la Ley 50 de 1990, toda vez que el salario debe ser igual al de un trabajador en propiedad que cumpla con las mismas funciones.

Añadió que la administración municipal expidió la Circular No. 07 de 2006, dirigida a los rectores de los establecimientos educativos oficiales del municipio de Pereira, mediante la cual, se dieron instrucciones de horarios y prohibiciones señalando, entre otros, que la jornada del día domingo debería ser cubierta preferiblemente con los celadores que se encontraran vinculados por orden de prestación de servicios y prohibiendo a los celadores dejar reemplazos en los establecimientos educativos.

Adujo que en el municipio existen funcionarios de planta que cumplen con funciones similares a las ejecutadas por él.

Finalmente, sostuvo que laboró por turnos de 12 horas trabajando en horarios nocturnos, dominicales y festivos, los cuales fueron pagados únicamente de marzo de 2004 a diciembre de ese mismo año y en los meses de enero y febrero de 2005, pues en adelante no se le volvieron a reconocer.

### **Normas violadas y concepto de violación.**

Como disposiciones vulneradas citó las siguientes: De la Constitución Política los artículos 2, 4, 6, 13, 25, 28, 53, 90, 209, 229 y 300; los artículos 23 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 1, 5, 6 y 8 del Decretos 3135 de 1968, la Ley 100 de 1993, la Ley 21 de 1982 y la Ley 50 de 1990.

Explicó que estas normas fueron vulneradas por la entidad demandada, toda vez que si bien fue vinculado mediante contratos de prestación de servicios y a través de la empresa de servicios temporales Servitemporales, la verdad es que la labor que desempeñó encuadra dentro de una relación de naturaleza legal y reglamentaria, pues de manera evidente aparecen los elementos esenciales del contrato de trabajo.

Argumentó que se quebrantó el principio de la igualdad y el de la primacía de la realidad sobre las formalidades, toda vez que el personal de la planta del municipio de Pereira cuenta con 61 celadores que cumplen con las mismas funciones de quienes se encuentran vinculados por contratos de prestación de servicios.

Precisó que la autonomía y la independencia de los contratistas constituyen el elemento esencial de los contratos de prestación de servicios, circunstancia no aplicable en el caso examinado, toda vez que prestó sus servicios como vigilante, cargo existente en la planta de personal, cumpliendo funciones permanentes desde 29 febrero de 2004 hasta el 29 febrero de 2012, contradiciendo el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que permite la celebración de este tipo de contratos siempre que se trate de una labor temporal o transitoria, que no pueda desempeñarse por personal de planta y amerite conocimientos especializados, conservando total autonomía sin subordinación alguna, situación que a su parecer no está enmarcada en el presente caso.

Con relación a la vinculación que sostuvo a través de la Empresa de Servicios Temporales Servitemporales, indicó que de conformidad con el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente con el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas, el carácter de empleador, situación que se aparta de lo ocurrido en el presente asunto, toda vez que trabajó a través de esa figura 17 meses 11 días, cuando la misma define la temporalidad por 6 meses, prorrogables por 6 más.

Agregó que se quebrantó lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley 50 de 1990, disposición que impone el mismo trato salarial para los trabajadores en misión que para los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, puesto que para los años 2010 y 2011, los vigilantes nombrados en la planta de la Secretaría de Educación del municipio de Pereira tenían una asignación básica de \$693.070 y 721.371, respectivamente, además se les pagaba el trabajo suplementario, mientras que

el accionante para el año 2010 percibía un salario básico mensual de \$519.261 y para el 2011 \$535.600, es decir el salario mínimo.

## **2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El municipio de Pereira – Secretaría de Educación Municipal, mediante apoderado judicial, contestó la demanda interpuesta, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la misma.

Indicó que el cumplimiento de un horario por parte del accionante no prueba la existencia de una subordinación, puesto que la administración contrata y requiere la prestación del servicio en un horario preferente, tratándose de un acuerdo de voluntades al momento de suscribir el contrato.

Señaló que el demandante solo aportó al proceso contratos de prestación de servicio, lo cual no acredita la existencia del elemento de subordinación.

## **3. LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante sentencia de 24 de septiembre de 2013, resolvió declarar la nulidad del Oficio 1878 de 26 de julio de 2012, proferido por el Secretario de Educación y la Directora Administrativa de Prestación del Servicio y Administración de plazas docentes del municipio de Pereira.

A título de restablecimiento del derecho, ordenó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, tomando como base los honorarios contractuales desde el 1 de marzo de 2005 hasta el 30 de diciembre de 2009 y desde el 1 de julio de 2011 al 29 de febrero de 2012, así como también, el pago de los porcentajes correspondientes a pensión y salud que la entidad debió trasladar a los respectivos fondos, durante el período que prestó sus servicios comprendido del 29 de febrero de 2004 y el 30 de diciembre de 2009 y 1 de julio de 2011 y el 29 de febrero de 2012 y negó las demás pretensiones de la demanda.

El *A-quo* fundó su decisión en los argumentos que la Sala sintetiza a continuación:

Luego de reseñar el marco jurisprudencial desarrollado tanto por la Corte Constitucional como por esta Corporación respecto del contrato realidad, señaló que de las pruebas obrantes en el expediente se puede concluir la existencia de la subordinación ejercida por el rector de la institución donde el actor prestaba sus servicios, toda vez que, las labores desarrolladas eran designadas y controladas permanentemente, sometiéndose al control ejercido por los rectores como intermediarios de la entidad territorial contratante, situación que se quiso hacer ver por la entidad demandada como una interventoría contractual.

Indicó que el actor prestó sus servicios al municipio de Pereira – Secretaría de Educación, como celador del Establecimiento Educativo Leningrado, cumpliendo con las labores de vigilancia desde el 29 de febrero de 2004 hasta el 30 de diciembre de 2009 y del 1 de julio de 2011 hasta el 29 de febrero de 2012, excluyendo de ese reconocimiento el tiempo durante el cual el actor estuvo como trabajador en misión a través de Servitemporales S.A., esto es, desde el 1 de enero de 2010 al 11 de diciembre de 2010 y desde el 1 de enero de 2011 al 30 de junio de 2011.

En consecuencia, concluyó que se le debía reconocer al actor el valor por concepto de prestaciones sociales que devengue un empleado público en el mismo o similar cargo desempeñado por el demandante, desde el 1 de marzo de 2005 al 30 de diciembre de 2009 y del 1 de julio de 2011 al 29 de febrero de 2012, toda vez que a folios 81 y siguientes del expediente, se observa que durante el período comprendido entre el 29 de febrero de 2004 y el 28 de febrero de 2005, tales emolumentos fueron debidamente cancelados por la entidad territorial.

Finalmente, con relación al reconocimiento de las diferencias salariales entre lo que se le canceló al demandante en virtud de los contratos y el salario devengado por el personal que desempeña el cargo de vigilante que hacen parte de la planta administrativa de la entidad demandada, indicó que tales asignaciones salariales dependen de las

condiciones particulares demostradas por cada uno de ellos y aceptada la existencia del contrato realidad, también debe aceptarse como válido el pacto que las partes hicieron de la remuneración, por lo que ordenó que el valor pactado en los contratos de prestación de servicios serviría de base para la liquidación respectiva.

#### **4. RECURSO DE APELACIÓN**

La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, presentando las siguientes inconformidades<sup>3</sup>:

Señaló que en la sentencia apelada se ordenó al municipio de Pereira el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales solo a partir del 1 de marzo de 2005, pese a estar demostrado y reconocido en la parte considerativa del proveído recurrido que la relación laboral con el ente territorial demandado surgió desde el 29 de febrero de 2004, como quiera que durante la aludida vigencia y los meses de enero y febrero de 2005, se le pagó el auxilio de transporte, recargos nocturnos, festivos y dominicales, no se le reconocieron los otros derechos de la relación laboral, es decir, cesantías, primas, intereses a las cesantías y vacaciones.

Indicó que el *a quo* omitió pronunciarse respecto del trabajo suplementario y sobre el reconocimiento del tiempo que trabajó en misión a través de la empresa de servicios temporales Servitemporales S.A. y negó el pago de las diferencias salariales, es decir, el reconocimiento y pago de aquellas prestaciones extralegales que perciben funcionarios que desempeñan similares funciones a las del actor, lo cual a su juicio, tiene derecho por haber desempeñado iguales funciones que los empleados de planta del municipio demandado.

#### **5. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA**

---

<sup>3</sup> Folios 297 a 302 del expediente.

Una vez ingresó el expediente a esta Corporación, y efectuado el reparto correspondiente, mediante Auto de 27 de febrero de 2014 el Despacho resolvió admitir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia de 24 de septiembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda y rechazar por extemporáneo el presentado por la entidad demandada.

A través de providencia de 24 de junio de 2014, se ordenó correr traslado a las partes para alegar conclusión, y al ministerio público para rendir el concepto si a bien lo tuviere.

## **6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término concedido, la apoderada del municipio de Pereira – Secretaría de Educación Municipal presentó alegatos de conclusión<sup>4</sup> reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

La parte actora guardó silencio.

## **7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La procuradora tercera delegada ante el Consejo de Estado intervino dentro del presente trámite y solicitó se confirme la sentencia como quiera que los motivos expuesto por la parte actora son razonables, en la medida que los mismos encuentra sustento probatorio según los documentos obrantes a folios 81 a 87 del expediente, en los que se evidencia que no le fueron canceladas las vacaciones, primas y cesantías.

Con relación a la pretensión del reconocimiento de las horas extras, sostuvo que para acceder a tal reconocimiento es necesario presentar al proceso documentos que permitan dar por probado lo reclamado, careciendo el expediente de soporte probatorio que

---

Folios 352 a 358

permita su probanza, como quiera que en el presente asunto el actor solo lo afirmó en la demanda.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Previo a plantear el problema jurídico a resolver, la Sala debe indicar que en el presente asunto, la sentencia apelada accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda siendo recurrida únicamente por el accionante, motivo por el cual, las consideraciones en esta instancia se limitarán a estudiar únicamente lo que le fue desfavorable a éste, en razón al principio de *no reformatio in pejus*.

#### **8. Problema Jurídico.**

Atendiendo los cargos presentados por la parte actora en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, encuentra la Sala que los problemas jurídicos a resolver son los siguientes:

- i) Determinar si el restablecimiento del derecho dispuesto en la sentencia recurrida como consecuencia de haberse probado la existencia de una verdadera relación laboral entre el actor y el municipio de Pereira, debió ordenarse a partir del día 29 de febrero de 2004 y no a partir del 5 de marzo de 2005, atendiendo las pruebas allegadas al expediente.
- ii) En segundo lugar, deberá la Sala establecer si es procedente el reconocimiento y pago del trabajo suplementario pretendido por el demandante.
- iii) En tercer orden, corresponde a la Sala fijar la procedencia o no del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de carácter extralegal que devengan otros funcionarios de la planta de personal del ente territorial demandado que cumplieran similares funciones – vigilancia- a las ejercidas por el actor.

iv) Y por último, determinar si procede la declaratoria de existencia de una verdadera relación laboral cuando la prestación del servicio se ha dado a través de la contratación efectuada por parte de una empresa de servicios temporales- E.S.T.- o si por el contrario, dicha forma de vinculación constituye una verdadera relación laboral entre el trabajador en misión y la aludida empresa de servicios temporales de la cual se excluye la empresa usuaria

A fin de resolver los diferentes problemas suscitados en virtud del recurso de alzada instaurado por la parte actora, la Sala abordará el estudio del mismo en los siguientes términos: **1.)** Del principio de la *no reformatio in pejus*. **2.)** Precisaré acerca de la importancia de la prueba en la definición de un conflicto jurídico y su valoración para la resolución del litigio, garantía que permitirá en el caso bajo estudio, establecer no solo el límite temporal a partir del cual, se le debe reconocer los efectos económicos prestacionales derivados de la declaratoria de existencia de la relación laboral sino también, la procedencia en el reconocimiento y pago del trabajo suplementario. **3.)** Una vez dilucidado el punto anterior, se analizará el parámetro para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de quien demuestra la existencia de la primacía de la realidad sobre las formalidades. **4.)** Posteriormente, se abordará el marco legal de las Empresas de Servicios Temporales y las relaciones jurídicas que se generan respecto de los trabajadores en misión y las empresas usuarias, todo ello, a fin de determinar si dicha modalidad contractual comporta una verdadera relación laboral y por ende, excluye la posibilidad de configuración de la figura del contrato realidad frente a la empresa usuaria. Por último, se desatará el caso concreto.

#### **i. Del principio de la no reformatio in pejus.**

La prohibición para el fallador de hacer más gravosa la situación del apelante único, quien se entiende impugna la providencia solo en lo desfavorable, está prevista en la Constitución Política en el artículo 31 que indica “Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la

ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.”

Sobre esta garantía procesal, la Corte Constitucional en la sentencia T-1186 de 2003 consideró que constituye un derecho fundamental así:

“3. La jurisprudencia ha dicho que la proscripción de la reforma en perjuicio del condenado que es apelante único es un derecho fundamental. Y lo es en múltiples dimensiones. Lo es formalmente en cuanto ha sido dotado por el constituyente, de manera expresa, de esa calidad. Lo es materialmente porque se trata de un derecho del individuo que se ha transformado en derecho constitucional positivizado. Y lo es procesalmente en cuanto se trata de un derecho cuya formulación jurídica no está al alcance de los poderes jurídicos constituidos.

(...)

4. De acuerdo con lo expuesto, entonces, se tiene lo siguiente:

- La proscripción de la reforma en perjuicio del condenado es un derecho fundamental.
- Como derecho fundamental, la proscripción de la reforma en perjuicio del condenado constituye un límite tanto a la competencia del superior que decide la apelación, como al poder punitivo del Estado.
- Cuando ese derecho fundamental se desconoce, se desborda uno de los límites impuestos por el constituyente al ejercicio del poder penal del Estado, se configura una vía de hecho y hay lugar a su amparo constitucional.”

Ahora bien, en derecho procesal contencioso administrativo, el inciso 2 del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, señala lo siguiente: “En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no *reformatio in pejus*”.

Sobre la prohibición de la *reformatio in pejus*, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sede del recurso extraordinario de revisión, a través de sentencia del 7 de octubre de 2014 consideró que el ejercicio de la impugnación para el apelante único, no le puede derivar *efectos nocivos* en lo atinente a las ventajas reconocidas por el juez de primera instancia, así:

“Por otra parte, si bien es cierto la competencia funcional del superior se delimita por aquello que fue objeto del recurso de apelación, cuando se trate de un “apelante único”, de esto no se sigue que el juez pierda competencia para valorar los medios probatorios que le permitan estimar o denegar lo que es objeto del recurso. **La regla constitucional<sup>5</sup> que proscribe la reformatio in peius, contenida en el inciso segundo del Artículo 31 de la Constitución, impone al juez el deber de abstenerse de agravar la situación definida en la sentencia primera instancia, cuando se esté en presencia de "un único interés o múltiples intereses no confrontados"<sup>6</sup>, esto es, de un “apelante único”. Su finalidad, por tanto, es permitir el libre ejercicio de los recursos, sin que por el hecho de la impugnación se deriven efectos nocivos para el apelante único, respecto de las situaciones ventajosas reconocidas por el juez de primera instancia.**

En el presente caso, deberá la Sala tener en consideración el aludido principio constitucional al momento de resolver la alzada, en la medida que el actor se erige como apelante único contra la sentencia de fecha 24 de septiembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

## **ii. La importancia de la prueba en la definición de un conflicto jurídico y su valoración para la resolución del litigio.**

La importancia de la prueba en todo procedimiento es evidente, pues solo a través de una vigorosa actividad probatoria, que incluye la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir las que obran en cada trámite, puede el funcionario judicial alcanzar un conocimiento mínimo de los hechos que dan lugar a la aplicación de las normas jurídicas pertinentes, y dar respuesta a los asuntos de su competencia ciñéndose al derecho sustancial.

---

5 RAMÍREZ GRISALES, Richard Steve. “Non reformatio in pejus” en las actuaciones administrativas. En: Letras Jurídicas, Vol. 11, N° 2. p. 133.

6 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-327 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Esta posición fue reiterada en las sentencias C-358 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y C-583 de 1997 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Precisa la Sala que conforme a la teoría cognoscitivista de la prueba<sup>7</sup>, los hechos constitutivos son precisamente los que fundamentan la pretensión del actor o si se quiere, los que constituyen el presupuesto del derecho que reclama, de tal suerte que, la prueba juega un rol trascendental en la resolución del conflicto, en la medida que a través de ella es posible hacer la fijación formal de los hechos, como quiera que el proceso gira alrededor de los supuestos fácticos sobre los cuales el juez toma la decisión basándose en ello, por lo que es necesario, que la prueba cumpla con el objetivo de determinar qué hechos pueden tomarse como fundamento de la decisión.

Lo antes mencionado, permite colegir que los supuestos fácticos alegados por el actor en vía de la impugnación, relacionado con el marco de temporalidad a partir del cual, debió reconocerse la existencia de la relación laboral, así como el reconocimiento del trabajo suplementario, implica necesariamente que en el proceso existan los elementos probatorios que permitan al fallador obtener la certeza o fijación formal del supuesto de hecho argüido, de tal suerte que la prueba cumpla con el objetivo de determinar que tal hecho se constituye en fundamento de la decisión, examen y valoración que la Sala llevará a cabo más adelante en el acápite del caso o resolución del asunto en concreto.

### **iii. Parámetro para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de quien demuestra la existencia de la primacía de la realidad sobre las formalidades**

Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha

---

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Madrid: Trotta. 1997. p. 67. Bajo esta concepción se parte de una relación directa entre prueba y teoría del conocimiento. Concibe que el juicio de la prueba en el proceso judicial incluye un problema de racionalidad fáctico-procesal que debe estar apoyado en un enfoque epistemológico de la realidad

señalado esta Corporación<sup>8</sup>, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.”

Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en decisión adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, Actora: María Zulay Ramírez Orozco, manifestó:

“Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad.

Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta.

En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.”

De lo señalado en la jurisprudencia citada, se desprende sin mayor hesitación que el vínculo laboral que en algunas ocasiones subyace de los contratos de prestación de servicios no resulta contrario al ordenamiento legal. De igual forma, se establece la diferencia existente en la relación jurídica derivada del contrato con la ocasionada en una relación legal y reglamentaria, como quiera que la mera prestación de un servicio al Estado no confiere o atribuye el status de empleado público sujeto al régimen específico que gobierna esa especial forma de

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Consejero ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

vinculación laboral estatal.

En ese mismo sentido, el referido proveído enfatizó en la relación de coordinación que debe existir entre contratante y contratista, de acuerdo al objeto contractual pactado.

De acuerdo con lo anterior, es claro que en el componente de restablecimiento del derecho para los casos en que se demostrase la existencia del contrato realidad, la condena se limita al pago de las prestaciones sociales ordinarias que devenga un empleado público en similar situación, pero liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios.

Lo anterior en razón a que, quien pretende demostrar el contrato realidad no ostenta la calidad legal de empleado público y por ende, carece del derecho al pago de todas las prestaciones sociales a las que tendría derecho un servidor en estas condiciones, tal como se desprende de la siguiente providencia:

“La condena al pago de prestaciones sociales en favor de la parte actora, en igualdad de condiciones a un educador oficial.

En la sentencia de nov. 30/00 se expresó que no es de recibo porque, como ya se dijo, el régimen prestacional tiene unos destinatarios que son los empleados públicos y trabajadores oficiales, calidad que en verdad la Parte demandante no tenía en el lapso discutido.

Agregó, que no obstante, en aras de preservar la equidad hasta donde es posible, la Jurisdicción ha accedido a reconocer a título de INDEMNIZACION, el equivalente a las prestaciones sociales que perciben los docentes oficiales (de la respectiva Entidad Contratante), tomando el valor de lo pactado en el contrato de prestación de servicios, como base para la liquidación de la indemnización, tal como se expresó claramente en la Sentencia de marzo 18/98 del expediente No. 11722 – 1198/98, de la Sección 2ª de esta Corporación, con ponencia del Dr. Flavio Rodríguez.

Y para tal efecto, se deben determinar inicialmente cuáles son esas prestaciones ordinarias a que tienen derecho los educadores oficiales (v.gr. prima de navidad, cesantía, etc.) y la forma de su liquidación (v.gr. número de días y valores, etc.), para

después calcular, teniendo en cuenta esos parámetros y el valor de esas prestaciones que no pudieron devengar, conforme a los honorarios pactados.”<sup>9</sup>

Es justamente por lo anterior, que tampoco hay lugar al reconocimiento de horas extras ni trabajo suplementario, pues en primer lugar, ha de considerarse que, durante la vinculación contractual, el actor no estuvo sujeto a la jornada ordinaria laboral prevista en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 en el entendido de que su condición no era la propia de un empleado público.

Por otra parte, insiste la Sala que lo llamado a reconocer en el presente caso, es la existencia del denominado contrato realidad, por consiguiente, será el valor pactado por las partes el marco dentro del cual, habrán de ordenarse los reconocimientos patrimoniales que equivalgan a las prestaciones sociales dejadas de percibir, reconocimientos que se hace como indemnización dentro del componente reparatorio, sin que por ello se convierta automáticamente en un empleado público.

En tal sentido, la Sala se ha pronunciado para precisar que los efectos patrimoniales de la declaratoria de un contrato realidad no pueden consistir en el reintegro como restablecimiento del derecho, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pero en cambio sí deberá comprender el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Sentencia de 28 de junio de 2001, M.P. Tarsicio Cáceres Toro, Expediente 2324-00, Actora: María Bertha Díaz Correa.

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “B”. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Radicación. 3074-05. C.P: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. En dicha providencia se señaló lo siguiente: “El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.

(...)

#### **iv. De las Empresas de Servicios Temporales y las relaciones jurídicas que surgen con los trabajadores en misión y las empresas usuarias.**

El marco normativo de las Empresas de Servicios Temporales está contenido en la Ley 50 de 28 de diciembre de 1990<sup>11</sup> y el Decreto 24 de 1998<sup>12</sup> y modificado por el Decreto 503<sup>13</sup> de esa misma anualidad.

Es así como en el artículo 71 de la prenotada Ley 50 de 1990, el legislador definió lo que es una empresa de servicios temporales en los siguientes términos:

“Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleado”

Así mismo, en el artículo 74 ibídem, consagra la clasificación de los trabajadores de dichas empresas de la siguiente manera:

“Los trabajadores de las EST son de dos clases: trabajadores de planta, que desarrollan su actividad en las dependencias de las EST; y trabajadores en misión, que son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos”

De acuerdo con la normatividad referenciada en precedencia, las Empresas de

---

Por lo anterior, los derechos que por este fallo habrán de reconocerse, se ordenarán no a título de indemnización, como ha venido otorgándose de tiempo atrás, sino como lo que son: el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con el pago de las cotizaciones correspondientes, aspectos éstos que no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación...

<sup>11</sup> Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

<sup>12</sup> Por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las empresas de servicios temporales.

<sup>13</sup> Por el cual se modifica y adiciona el Decreto número 0024 del 6 de enero de 1998, que reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales

Servicios Temporales conforman una modalidad de trabajo en la que no existe vínculo directo entre quien se beneficia del trabajo y el trabajador que lo realiza o presta el servicio.

Ahora, existe una pluralidad de vínculos jurídicos que se dependen de la relación contractual existente entre las Empresas de Servicios Temporales y el trabajador que presta la labor o servicio. Así como también, se genera una relación jurídica entre el tercero beneficiario o empresa usuario, el trabajador y la Empresa de Servicios Temporales.

Pues bien, respecto de la primera, es decir, la relación jurídica existente entre la Empresa de Servicios Temporales y el trabajador en misión que lleva a cabo la prestación personal del servicio, existe un verdadero contrato de trabajo o relación laboral, regido por la normatividad laboral del Código Sustantivo del Trabajo<sup>14</sup>.

Y en lo que respecta al salario a devengar por parte de los trabajadores en misión, la norma señala que "... los trabajadores en misión tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad", así como los beneficios que la usuaria tenga en materia de transporte, alimentación y recreación<sup>15</sup>.

Entre la Empresa de Servicios Temporales y el tercero beneficiario o empresa usuaria, se genera una relación jurídica regida por un contrato de prestación de servicios, el cual debe reunir los requisitos señalados por el artículo 81 de la prementada normatividad, a saber:

---

<sup>14</sup> Artículo 75. A los trabajadores en misión se les aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas del régimen laboral. Así como lo establecido en la presente ley

<sup>15</sup> **Artículo 79.** Los trabajadores en misión tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigentes en la empresa. Igualmente, tendrán derecho a gozar de los beneficios que el usuario tenga establecidos para sus trabajadores en el lugar de trabajo, en materia de transporte, alimentación y recreación.

“Artículo 81. Los contratos celebrados entre las empresas de servicios temporales y los usuarios, deberán:

1. Constar por escrito.
2. Hacer constar que la empresa de servicio temporal se sujetará a lo dispuesto por la ley para efectos del pago de salarios, prestaciones sociales, horas extras, recargos diurnos y nocturnos, dominicales y festivos.
3. Especificar la compañía aseguradora, el número de la póliza, vigencia y monto con la cual se garantiza el cumplimiento de las obligaciones laborales de las empresas de servicios temporales con los trabajadores en misión.
4. Determinar la forma de atención de las obligaciones que en materia de salud ocupacional se tiene para con los trabajadores en misión, cuando se trate de las circunstancias establecidas en el artículo 78. de la presente ley.”

Y por último, entre la empresa usuaria y el trabajador en misión no se genera relación laboral, al no existir entre la empresa usuaria y el trabajador temporal contrato alguno, dado que entre la E.S.T. y el trabajador en misión se configura un contrato laboral, constituyéndose la Empresa de Servicios Temporales en el empleador de aquel, tal como lo dispone el artículo 71 de la Ley 50 de 1990.

El panorama normativo antes reseñado, deja esclarecida la relación jurídica que se origina entre las Empresas de Servicios Temporales, los trabajadores en misión y las empresas usuarias, lo que para el caso sub judice, es de relevancia como quiera que el demandante en el escrito de impugnación cuestiona precisamente, que el *a quo* no se pronunció respecto del tiempo laborado en la E.S.T.

#### **v. Caso concreto.**

Reclama la parte actora que en el fallo impugnado, el *a quo* dispuso que el

municipio de Pereira reconociera y pagara al demandante las prestaciones sociales a partir del 1 de marzo de 2005, pese a estar demostrado que la relación laboral surgió desde el 29 de febrero de 2004.

Es pertinente señalar que como se indicó en la sentencia de primera instancia, si bien existió una relación laboral entre el actor y el ente territorial demandado, durante el tiempo en que se suscribieron los diferentes contratos de prestación de servicios, esto es, entre el 29 de febrero de 2004 al 30 de diciembre de 2009 y del 1 de julio de 2011 hasta el 29 de febrero de 2012, también lo es que, dicho proveído negó el pago de las prestaciones sociales causadas entre el 29 de febrero de 2004 y el 28 de febrero de 2005 por considerar que a folio 81 y siguientes del plenario obra constancia del pago de tales emolumentos.

Al respecto, la Sala encuentra que efectivamente se aportó como pruebas documentales la liquidación de nóminas del actor correspondientes a los meses de marzo de 2004 a enero de 2005<sup>16</sup>, donde se evidencia que en dicho lapso, le fueron canceladas las sumas por concepto de salario, recargo nocturno, días festivos, dominicales, auxilio de transporte y se efectuaron los descuentos correspondientes a salud y pensión.

No obstante, como lo afirma el recurrente, en el expediente no obra prueba que indique que durante dicho lapso le fue reconocida suma alguna por concepto de cesantías, intereses de cesantías, prima de servicio y vacaciones, prestaciones sociales de carácter ordinario que son consecuencia del reconocimiento del vínculo laboral declarado por el *a quo*.

Así las cosas, la Sala modificará el numeral 3 de la sentencia apelada para en su lugar, ordenar a la entidad demandada el pago de las prestaciones sociales tomando como base los honorarios contractuales derivados de los contratos de prestación de servicios, esto

---

<sup>16</sup> Ver folios 81 a 86 obran del expediente en el que obran los respectivos desprendibles

es, desde el 29 de febrero de 2004 al 30 de diciembre de 2009 y del 1 de julio de 2011 hasta el 29 de febrero de 2012.

De otra parte, sostuvo el apelante que el Tribunal Administrativo de Risaralda no concedió el reconocimiento de las diferencias salariales, esto es, todas aquellas prestaciones de carácter extralegal que devengan otros funcionarios de la planta del ente territorial demandado que ejercen similares funciones a las de él, haciendo referencia a convenciones colectivas, sin indicar exactamente a que emolumentos se refiere.

Reitera la Sala la posición inveterada que existe sobre el componente indemnizatorio derivado de la probanza o demostración del denominado contrato realidad, en el sentido que, el reconocimiento de la primacía de la realidad sobre la formalidades que conlleva a la declaración de existencia de una relación laboral subyacente de un contrato de prestación de servicio, no puede otorgar al accionante la calidad de empleado público, por lo que no es posible reconocer prestaciones sociales de carácter extralegal que devenguen otros funcionarios de la planta de personal del ente territorial demandado, máxime cuando el accionante no acreditó dentro del proceso cuales son las prestaciones a las que considera tener derecho ni el origen de las mismas.

De igual manera, no surge el derecho al reconocimiento y pago de las diferencias salariales que podrían existir entre los servidores de planta que prestaban el servicio de vigilancia y el actor, como quiera que las prestaciones sociales que se reconocen como componente indemnizatorio se liquidan con base en la fracción mensual del valor pactado por concepto de honorarios, porque de lo contrario, sería otorgarle al demandante la calidad de empleado público, condición de la cual carece y por ende, no se hace beneficiario al reconocimiento y pago de todas las prestaciones y condiciones salariales a las que tendría derecho un servidor de planta.

Y con relación al pago de horas extras, debe precisar la Sala que el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, establece que además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

Empero, tal regulación tiene como destinatarios a los empleados públicos, condición de la cual carece el actor y por la que no es posible admitir que estuvo sujeto a la jornada ordinaria laboral prevista en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, lo que excluye la posibilidad de reconocimiento y pago del trabajo suplementario.

Aunado a lo anterior y, en gracia de discusión, la Sala no observa que dentro del plenario exista prueba documental alguna que permita concluir que el accionante tiene derecho a tal reconocimiento, como quiera que, por razones especiales de servicio, en los casos en que fuere necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, el artículo 36 del Decreto 1042, consagra la obligación que por parte del jefe del organismo o la persona en quien este hubiere delegado tal atribución, autorice descanso compensatorio o pago de horas extras, requisito que no viene acreditado en el proceso, razón por la cual, no prospera la pretensión de reconocimiento y pago de trabajo suplementario.

Por último, respecto del tiempo que el actor estuvo vinculado mediante la Empresa de Servicios Temporales Servitemporales S.A., le asiste razón al apelante, en cuanto el proveído impugnado no analizó el tema de la vinculación que sostuvo el demandante con la aludida empresa de servicios temporales.

Ahora bien, en el caso concreto el accionante manifiesta que estuvo vinculado a través de contratos de trabajo con la empresa de servicios temporales Servitemporales S.A. desde el 1 de enero de 2010 hasta el 30 de junio de 2011, prestando sus servicios de celador

como trabajador en misión para la Secretaría de Educación del Municipio de Pereira, para efectos de probar tales afirmaciones aportó las siguientes pruebas:

- Copia del contrato de prestación de servicios suscrito entre el Municipio de Pereira y la Empresa Servitemporales S.A. de fecha 29 de diciembre de 2009, por un término de 6 meses, en el que se contrata el suministro de 12 Conserjes. (fs. 105 a 111).
- Impresiones de desprendibles de pago de nómina de la empresa de Servitemporales del 1 de enero de 2010 al 30 de junio de 2011, sin firma o sello por parte de la entidad (fls. 90 a 95).
- Impresión de Liquidación definitiva de contrato del accionante de fechas 1 de enero de 2010 a 7 de octubre de 2010, la cual no se encuentra suscrita por el actor o por la empresa de servicios temporales Servitemporales (folio 96).

Del análisis a las anteriores pruebas, la Sala encuentra que el actor no probó la supuesta vinculación con el ente territorial como trabajador en misión de la empresa de servicios temporales Servitemporales S.A., toda vez que, si bien en el expediente obra copia del contrato de suministro de personal suscrito por la E.S.T. con el municipio de Pereira<sup>17</sup>, el accionante no aportó ningún contrato de trabajo pactado con la mencionada E.S.T. con el objeto de dar cumplimiento al contrato de suministro de personal, es decir, que no se demostró que entre el actor y la citada empresa Servipersonales S.A. se haya celebrado contrato de trabajo para que aquel prestara su servicio al municipio de Pereira como trabajador en misión, lo que imposibilita o excluye la configuración de la relación laboral entre el ente territorial demandado y el actor, máxime, cuando por mandato legal se tiene que la relación jurídica que emana entre la E.S.T. y el trabajador contratado es de carácter laboral, adquiriendo la condición de empleador de la referida Empresa de Servicios Temporales, conforme los designios del artículo 71 de la Ley 50 de 1990.

---

<sup>17</sup> Folios 105 a 111

En ese orden de ideas, como quiera que de las pruebas que obran en el expediente no es posible para la Sala establecer que el actor sostuvo una vinculación contractual con la Empresa de Servicios Temporales Servitemporales S.A. y una supuesta vinculación como trabajador en misión para la Secretaría de Educación Municipal durante el período correspondiente al 1 de enero de 2010 al 11 de diciembre de 2010 y desde el 1 de enero de 2011 a 30 de junio del mismo año, se confirmará en tal sentido la sentencia apelada.

Conforme a lo expuesto, la Sala confirmará parcialmente la sentencia apelada y modificará el numeral 3 de la misma en cuanto que, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales al actor deberá hacerse desde el 29 de febrero de 2004 al 30 de diciembre de 2009 y del 1 de julio de 2011 hasta el 29 de febrero de 2012.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso -Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** parcialmente la sentencia de fecha 24 de septiembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Risaralda, en los términos de lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral 3 de la sentencia del 24 de septiembre de 2013, en el sentido de ordenar al municipio de Pereira, reconocer y pagar al accionante las prestaciones sociales, tomando como base los honorarios establecidos en los contratos correspondientes a los períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, esto es, desde el 29 de febrero de 2004 al 30 de diciembre de 2009 y del 1 de julio de 2011 hasta el 29 de febrero de 2012.

**TERCERO: DÉSE** cumplimiento a esta sentencia en los términos establecidos en los artículos 187, 192 y concordantes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

**CÉSAR PALOMINO CORTÉS**

**CARMELO PERDOMO CUÉTER**

Jc.