



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B

MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D. C., once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019).

Radicado : 73001-23-33-000-2013-00338-01
Nº Interno : 1764-2014
Demandante : Jairo Rodríguez Gaitán
Demandado : Municipio de Ibagué
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho- Ley 1437 de 2011
Tema : Contrato de comodato que no configura una relación legal y reglamentaria de empleado público

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y la entidad accionada contra la sentencia del 21 de febrero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1 Pretensiones

El señor Jairo Rodríguez Gaitán, mediante apoderado, acudió a la jurisdicción en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para solicitar la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio 17090 del 12 de diciembre de 2012, expedido por la Secretaria de Educación del Municipio de Ibagué**, que negó el reconocimiento y pago de los derechos laborales reclamados.

A título de restablecimiento del derecho solicitó el pago de los salarios, primas de navidad; subsidios de transporte; vacaciones; primas de alimentación; primas semestrales y cesantías que presuntamente se causaron desde el 20 de marzo de 1998 hasta la fecha de presentación de la demanda (18 de junio de 2013), *“en consideración a las labores de celaduría que*



desempeña en la Escuela Urbana José María Carbonell, entidad de carácter oficial del Municipio de Ibagué”.

Adicionalmente, pidió *“que se declare que la vinculación inicial del actor era de carácter indefinido –sin fecha previa de retiro-, y que aún se encuentra vigente”;* que las sumas adeudadas sean indexadas; que se liquiden intereses de mora; que se condene en costas a la entidad demandada y que la sentencia se cumpla en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo (que corresponde al artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo)¹.

Los hechos en que se fundamentan las pretensiones son los siguientes:

El actor indicó que *“fue nombrado a través de un acuerdo verbal con la Secretaría de Educación del Municipio de Ibagué en el cargo de celador de la Escuela José María Carbonell”*, desde el 20 de marzo de 1998. Vinculación que para el demandante contiene los elementos de una relación legal y reglamentaria, en la medida que cumplía horario y recibía órdenes de los empleados del Municipio y rectores de la Escuela, pese a lo cual no recibió salarios ni prestaciones sociales.

Expresó que sus funciones consistieron en hacerse cargo del inventario de la Escuela, velar por el cuidado de sus instalaciones, evitar el ingreso de terceros, y cuidar los árboles y plantas ornamentales.

Manifestó que el 5 de octubre de 2009 recibió la notificación de una querrela por amparo domiciliario, presentada por el Director de la Escuela José María Carbonell.

Adujo que la administración considera que no existe un vínculo laboral, *“sino una ocupación de hecho”*, cuando en *“realidad [es] un empleado de la*

¹ Folios 35-42



Nº Interno: 1764-2014
Demandante: Jairo Rodríguez Gaitán
Demandado: Municipio de Ibagué

administración municipal”, con derecho al pago de prestaciones; dotación de vestido y calzado de labor y afiliación a salud y pensiones.

Precisó que hasta el año 2002 los salarios y prestaciones del empleo de celador del Municipio de Ibagué eran pagados por el Departamento del Tolima, y que partir de su certificación aquéllos se sufragan con recursos propios.

1.2 Normas violadas y concepto de violación

De la Constitución Política, los artículos 25, 53 y 122.

De la Ley 734 de 2002, los artículos 25, 27 y 48.

Del Decreto 2400 de 1968, el artículo 2.

De la Ley 443 de 1998, el artículo 5.

Ley 80 de 1993

De la Ley 11 de 1986, los artículos 11 y 38.

Del Decreto 3135 de 1968, el artículo 5.

Del Decreto 1045 de 1978, los artículos 5, 8, 24, 25, 32 y 40.

De la Ley 909 de 2004, el artículo 44.

La parte demandante sostuvo que la Constitución Política prevé el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales. Por ello, expresó que *“aun cuando no exista un nombramiento por parte de la administración ni un acta de posesión con todos y cada uno de los requisitos establecidos para una relación legal y reglamentaria, pero exista prestación del servicio, tal situación de hecho puede ser desvirtuada cuando se demuestre la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de las prestaciones sociales a favor del contratista”*.

Advirtió que el trabajador no debe soportar la omisión de la entidad accionada al dejarlo de incluir en la planta de personal, ya que está probado que *“cumplió y ejecutó los trabajos para los cuales fue contratado”*; donde medió el establecimiento de unas funciones, que se ejecutaron bajo subordinación y con un horario de trabajo.



Sostuvo que, si bien, para la entidad demandada no existió vínculo laboral alguno, lo cierto es que sí se presentó *“una situación de hecho con todos los requisitos de una relación legal y reglamentaria”*.

Señaló que el actor desarrolló las mismas funciones que los celadores del Municipio demandado, siendo discriminado, pues no se le pagaron los salarios y prestaciones sociales, debido a que la relación laboral se disfrazó.

2. Contestación de la demanda

El Municipio de Ibagué indicó que el accionante no fue nombrado en el cargo de celador, sino que el Consejo Directivo de la Escuela celebró con él un contrato de comodato, donde no participó la Secretaría de Educación Municipal. De modo que la entidad territorial carecía del conocimiento de la existencia de dicho contrato².

Precisó que el Municipio de Ibagué se certificó con la Resolución 3033 del 26 de diciembre de 2002 y la planta de cargos se adoptó mediante el Decreto 0016 de 2004, motivo por el cual no estaba facultado para vincularlo laboralmente antes de los citados actos administrativos.

Aclaró que el demandante tenía conocimiento sobre que el uso del inmueble era para que lo habitara junto con su familia, y que no aportó las pruebas que permitan demostrar el cumplimiento de un horario, siendo ésta una afirmación incierta porque él vivía allí y *“no era en ningún momento lugar de trabajo”*.

Manifestó que los elementos de la institución educativa no estaban a cargo del accionante, pues al *“parecer, él simplemente se limita a recibirlos por cuanto ‘vive y reside’ allí”*, e hizo énfasis en que el Municipio nunca le suministró los elementos para desarrollar la labor de celador y que no recibía órdenes del Secretario de Educación ni del Alcalde.

² Folios 75-83



Nº Interno: 1764-2014
Demandante: Jairo Rodríguez Gaitán
Demandado: Municipio de Ibagué

Sostuvo que es improcedente pretender el pago de derechos laborales desde el año 2000, cuando se le permitió al demandante residir en la institución educativa, porque solo se probó la existencia de un acuerdo para permitirle vivir en la Escuela Mixta José María Carbonell.

Reiteró que el empleo de celador que presuntamente desempeñaba el señor Jairo Rodríguez Gaitán no hace parte de la planta administrativa del Municipio; señalando que los empleos públicos deben ser creados expresamente con la determinación de sus funciones y la previsión de los recursos en el presupuesto para el pago de los gastos que demanden; supuestos que no se cumplen en el presente caso, comoquiera que en el proceso no está acreditada la existencia del empleo de celador en la Escuela Mixta José María Carbonell.

Propuso las excepciones que denominó: cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación demandada, inexistencia de relación contractual o legal y reglamentaria con el accionante, falta de causa de los actos administrativos que se acusan y prescripción.

3. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante sentencia del 21 de febrero de 2014, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, al declarar la nulidad del acto acusado y condenar al Municipio de Ibagué a pagarle al actor *“el valor equivalente a los salarios y prestaciones sociales durante el periodo comprendido entre el 8 de agosto de 2009 y hasta la fecha, durante el cual el señor JAIRO RODRÍGUEZ GAITÁN, identificado con cédula de ciudadanía Nº 14.197.630 prestó sus servicios, liquidados conforme el salario que devengaba otro funcionario en un cargo equivalente, sumas que serán debidamente actualizadas, como se indicó en la parte motiva de esta providencia”*. Declaró probada la excepción de prescripción de los derechos causados antes del 8 de agosto de 2009 y negó las demás excepciones³.

³ Folios 120-128



A partir de las pruebas recaudadas en el proceso, el *a quo* consideró que se acreditó una relación laboral y el carácter de funcionario de hecho del actor, comoquiera que prestó sus servicios de manera personal, dependiente y subordinada del municipio, en calidad de celador de la Institución Educativa José María Carbonell.

Afirmó que, en virtud del contrato de comodato, firmado por la rectora de la Institución Educativa José María Carbonell, el demandante junto con su familia habitó allí, y en contraprestación dio *“su colaboración en la Escuela cuidándola así como los artículos que hay en ella, sin que desde ese entonces se haya contratado servicio de vigilante ni seguridad alguna en dicho establecimiento educativo”*.

Estimó que al apreciar en conjunto las pruebas documentales y testimoniales se demostró que el señor Jairo Rodríguez Gaitán presta sus servicios a la Institución Educativa José María Carbonell, como Celador-Portero, concluyendo que:

“(...) el actor llegó desde el año 1998 al claustro educativo y desde esa época viene prestando sus servicios vigilando la escuela, la que se torna insegura no solo por el sector en el que se encuentra ubicada, donde prolifera la delincuencia común y el consumo de estupefacientes, sino además porque la única seguridad con que cuenta es con una cerca de alambre de púa, además, que desde ese entonces no se ha visto otro celador o vigilancia privada que custodie no solo al personal de docentes y estudiantes que allí permanecen durante la jornada educativa, sino los implementos de la escuela, resaltando uniformemente los testigos, la sala de cómputo que allí fue instalada para beneficio de los estudiantes”.

Sostuvo que lo pretendido con el contrato de comodato eran dejar claras las obligaciones del demandante para poder habitar el inmueble ubicado al interior de la Institución Educativa José María Carbonell, pese a que no están relacionadas con el objeto y naturaleza jurídica del referido contrato.

Indicó que el señor Jairo Rodríguez Gaitán se desempeñó como empleado público del municipio de Ibagué (Tolima), como Celador-Portero por 15 años, sin que mediaran para el efecto los elementos formales de una relación legal



Nº Interno: 1764-2014
Demandante: Jairo Rodríguez Gaitán
Demandado: Municipio de Ibagué

y reglamentaria, como son el acto de nombramiento y posesión, y que la retribución recibida por sus servicios fue concederle la habitación para él y su familia.

Precisó que el Consejo de Estado, en un caso de similares circunstancias fácticas⁴, explicó la figura del funcionario de hecho, cuando no se reúnen las condiciones que acreditan la investidura de funcionario público, sin embargo, los servicios que prestó el actor deben ser retribuidos, ya que es inequitativo trasladarle al trabajador las consecuencias de la precariedad de su relación laboral, causadas por la omisión de la administración de no expedir el acto de nombramiento y posesión.

Manifestó que atendiendo las reglas de la experiencia, *“si una persona presta sus servicios como vigilante por varios años, es inadmisibile afirmar que realiza actividades temporales o que ninguna relación laboral lo vincula con la entidad territorial, siendo la labor de vigilancia a la que se obligó el actor para recibir a cambio la vivienda en el establecimiento educativo”*.

Resaltó que el actor ha velado durante más de 15 años por la integridad de los estudiantes, el personal docente y los implementos asignados para la Institución, de modo que se encuentra acreditada la prestación del servicio en la Institución Educativa, desde el año 1998, hecho que no desvirtuó la entidad accionada.

Concluyó que el demandante tiene derecho a recibir la remuneración del cargo de celador grado 01, cargo 477, de la Secretaría de Educación Municipal, adscrito a la planta de personal.

Aclaró que la prestación del servicio fue irregular porque el rector la autorizó pese a que carecía de competencia, y sin los elementos formales de la relación legal y reglamentaria; sin embargo, lo cierto es que su *“vinculación fue aprobada por los Secretarios de Educación”* desde el 20 de marzo de 1998.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Alfonso Vargas Rincón, sentencia del 2 de mayo de 2013, proceso con radicado 73001233100020100067301.



4. El recurso de apelación

4.1 Parte actora

Indicó que se debe modificar la sentencia porque el Tribunal no debió declarar la prescripción de los derechos laborales causados antes del 8 de agosto de 2009, ya que el fallo es de carácter constitutivo, criterio del Consejo de Estado en las sentencias del 4 de marzo de 2010 y 4 noviembre de 2010⁵.

4.2 Parte demandada

El Municipio de Ibagué solicita que se revoque la providencia impugnada, como quiera que es improcedente reclamar el pago de derechos salariales y prestacionales, toda vez que al actor se le permitió vivir en la Escuela Mixta José María Carbonell, sin cancelar arriendo ni servicios⁶.

Expresó que la entidad territorial no podía vincular laboralmente al demandante en el año 1998, toda vez que se certificó hasta el año 2002 y la planta de personal docente, directivo docente y administrativo se adoptó en el Decreto 0016 de 2004, y advirtió que el actor no hace parte de aquélla.

Precisó que *“el demandante asumió una función que no le era propia, ya que desde el mismo momento en que entra a ‘vivir y residir’ en la escuela, se le advierte sobre ello, es decir, que no cumple ninguna calidad de celador, además de que el cargo no existía”*.

Señaló que aunque los testigos indiquen que conocen al señor Jairo Rodríguez Gaitán y a su núcleo familiar desde hace muchos años como

⁵ Folios 139-142. Las sentencias citadas fueron dictadas en los procesos 85001-23-31-000-2003-00015-01 (1413-08) y 15001-23-31-000-2006-01415-01 (0281-2010)

⁶ Folios 134-138



Nº Interno: 1764-2014
Demandante: Jairo Rodríguez Gaitán
Demandado: Municipio de Ibagué

celador de la Institución Educativa, se evidencia que ninguno recordó el nombre de su esposa e hijos.

Anotó que debe disponerse el cese definitivo del uso del inmueble, ya que el actor utilizó las instalaciones de la Institución Educativa sin pagar arriendo ni servicios.

5. Alegatos de conclusión

Las partes no se pronunciaron al respecto y el Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Subsección es competente para conocer en segunda instancia de este proceso de conformidad con lo establecido en el artículo 150 del CPACA.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si en los términos de los recursos de apelación presentados por las partes actora y accionada, procede revocar la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Para el efecto se analizará si el señor Jairo Rodríguez Gaitán probó la existencia de una relación legal y reglamentaria con la Secretaria de Educación de Ibagué, por presuntamente haber prestado sus servicios en la Escuela Mixta José María Carbonell desde el 1998, como celador, de conformidad con el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo descrito en el numeral 4 del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, que señala:

“ARTÍCULO 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución



Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

(...)

4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público". (Texto resaltado por la Sala).

En caso de acreditarse la existencia de la relación laboral y reglamentaria se estudiará la prescripción de los derechos laborales.

Con el fin de abordar el problema jurídico se tratarán los siguientes aspectos

2.1) Hechos Relevantes Probados y 2.2) Caso Concreto.

2.1 Hechos relevantes probados

- Copia del contrato de comodato del 1 de julio de 2000, celebrado entre el Consejo Directivo de la Escuela Urbana Mixta José María Carbonell de Ibagué y el señor Jairo Rodríguez Gaitán⁷.

- Escrito del actor del 16 de septiembre de 2001, dirigido al Rector del Colegio Reyes Umaña, Escuela Carbonell, Anexa 2, donde manifestó que *"la Sala de cómputo se encuentra sin alarma y si pasa algo no soy responsable de lo que suceda porque desde ayer 15 de septiembre le cambiaron la alarma y en estos momentos no se encuentra funcionando"*⁸.

- Copia del escrito que contiene la petición del 5 de marzo de 2004, interpuesta por el accionante ante el Secretario de Educación Municipal del Ibagué, que indica:

"1. Vivimos en dicha escuela en calidad de acomodatarios (sic) desde el

⁷ Folios 26-27

⁸ Folio 32



Nº Interno: 1764-2014
 Demandante: Jairo Rodríguez Gaitán
 Demandado: Municipio de Ibagué

20 de marzo de 1999, sin ninguna contraprestación económica y recibimos órdenes de la directora de turno, tal como mantener la escuela en total aseo, cuidar de ella en todos los aspectos, afirmación que se puede comprobar afirmando que durante dicho tiempo nunca se ha extraviado nada, ni ha habido queja por incumplimiento alguno.

2. Desde dicho tiempo nunca ha habido celaduría por parte de su Despacho en dicha Institución. Pero sucede señor Secretario que recientemente llevaron a dicha escuela 11 computadores, los cuales hasta hoy han estado bajo nuestro cuidado y vigilancia, situación que no puede seguir en las circunstancias que hoy existen.

Por lo anterior, ruego a usted Señor Secretario tomar cartas urgentes en el asunto, pues sabemos de nuestra responsabilidad grande, del permanente cuidado, aseo, vigilancia que debemos ejercer sobre el bien y sobre lo que hay, pero sin ninguna contraprestación a la labor prestada”.

- Copia de la querrela por amparo domiciliario del 25 de agosto de 2009, presentada por el representante legal de la Institución Educativa Técnica Antonio Reyes Umaña contra el señor Jairo Rodríguez Gaitán, para que fuera desalojado de la sede José María Carbonell, ubicada en el barrio las Brisas de Ibagué⁹. Igualmente, obra en el plenario el escrito de respuesta del accionante en el trámite de la querrela¹⁰.
- Reclamación administrativa del 8 de agosto de 2012 presentada por el actor, a través de apoderado, ante la Alcaldía de Ibagué, en la que pidió el pago de salarios y prestaciones sociales del 20 de marzo de 1998 hasta la fecha de presentación de la petición. Como fundamento de la solicitud indicó que *“a través de una situación de hecho (contrato de comodato”, desempeñaba las funciones de celador de la Escuela Mixta José María Carbonell¹¹.*
- Oficio 7.1 17090 del 12 de diciembre de 2012, en el que el Secretario de Educación Municipal de Ibagué le responde al apoderado del actor que *“luego de revisada la base de información de vinculación laboral de funcionarios administrativos vinculados a este dependencia y adscritos a las diferentes entidades educativas NO se encontró registro alguno a su favor; es decir no existe y no ha*

⁹ Folios 28-29

¹⁰ Folio 30

¹¹ Folios 5-7



*existido vínculo laboral con los mismos*¹².

- Oficio 0155 del 9 de mayo de 2013, firmado por el Director de Talento Humano de la Gobernación del Tolima, que responde un derecho de petición del 2 de mayo de 2013 informando el salario y prestaciones del cargo de celador de la Secretaría de Educación Departamental, de 1990 a 1996¹³.

- Oficio SAC 2013RE6703 del 16 de abril de 2013, firmado por la Coordinadora Gestión Talento Humano de la Gobernación del Tolima, dirigido al apoderado del demandante, en el que informa los salarios y prestaciones el cargo de celador de la Secretaría de Educación Departamental de 1997 a 2002¹⁴.

- Oficio 00001024 del 29 de enero de 2013, donde la Alcaldía de Ibagué certifica los salarios y prestaciones del cargo de celador en dicho Municipio, de los años 2003 a 2012¹⁵.

2.2 Solución al caso concreto

El señor Jairo Rodríguez Gaitán solicita la nulidad del acto administrativo, expedido por la Secretaría de Educación Municipal de Ibagué, que le negó el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales, presuntamente debidos por haber desarrollado actividades de celaduría en la Escuela Mixta José María Carbonell.

El Tribunal Administrativo del Tolima accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Declaró la nulidad del acto censurado y ordenó el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones causados del 8 de agosto de 2009 hasta la fecha de la sentencia. Declaró la prescripción de los derechos causados antes del 8 de agosto de 2009.

¹² Folio 8

¹³ Folio 23

¹⁴ Folio 24.

¹⁵ Folio 25.



Nº Interno: 1764-2014
 Demandante: Jairo Rodríguez Gaitán
 Demandado: Municipio de Ibagué

La entidad demandada señaló que no está probada la relación laboral, puesto que al actor solo se le permitió vivir en la Escuela Mixta José María Carbonell, en virtud de un contrato de comodato, sin cancelar arriendo ni servicios. Por su lado, la parte accionante solicita que se revoque parcialmente la sentencia en cuanto declaró probada la excepción de prescripción.

Precisado el objeto de los recursos de apelación, se tiene que en el proceso se acreditó la existencia de un contrato de comodato del 1 de julio de 2000, firmado entre el Consejo Directivo de la Escuela Urbana Mixta José María Carbonell de Ibagué y el señor Jairo Rodríguez Gaitán, con ocasión del cual se le entregó una vivienda escolar, para que éste *“con su esposa y sus dos hijos a cargo residan en la mencionada vivienda en CONTRAPRESTACIÓN a su colaboración en la vigilancia y cuidado del establecimiento en horas y días no laborales”*. Se pactaron las siguientes obligaciones del Comodatario:

“a) recibir mediante acta el inmueble dado en COMODATO; b) cuidar y mantener en buen estado de uso y conservación el bien recibido, respondiendo por todo daño o deterioro que sufra diferente al lógico y normal uso de sus instalaciones; c) hacer las reparaciones locativas que se requieran por el mal manejo; d) darle el normal y correcto uso que tiene cada una de las instalaciones que conforman el inmueble; f) pagar el consumo de servicios públicos en caso requerido; g) prestar el servicio de vigilancia del Plantel Educativo en horas y días no laborales”¹⁶.

Dicho negocio jurídico está definido en el artículo 2200 del Código Civil, así:

“ARTÍCULO 2200. <DEFINICION Y PERFECCIONAMIENTO DEL COMODATO O PRETAMO DE USO. El comodato o préstamo de uso es un contrato en que la una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso.

Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa”.

El accionante afirma que el contrato de comodato realmente ocultaba una relación laboral legal y reglamentaria, en la medida que cumplía un horario y recibía órdenes de los Secretarios de Educación y Rectores de la Escuela.

¹⁶ Folios 26-27



Ahora bien, en la audiencia de pruebas del 18 de diciembre de 2013 los señores Jovanna Osorio, Marina Castro, Jorge Mario Rodríguez y José Gómez Betancourt declararon que el señor Jairo Rodríguez Gaitán vivía en la Escuela José María Carbonell, de la cual ellos eran vecinos, y que por dicha cercanía presenciaron que se encargaba del aseo del inmueble, cuidado del césped y los árboles, y de la seguridad de la escuela y de los estudiantes, como se lee a continuación¹⁷:

- Sandra Jovanna Osorio:

*“(...) Conozco a Don Jairo hace aproximadamente 15 años, él llegó a la Escuela José María Carbonell como celador, desempeña el oficio de cuidar la Escuela, de mantenerla limpia, aseada, es el jardinero, es el que permite el ingreso y la salida del personal de la Escuela, es el que se encarga de la seguridad y de todo lo consiguiente con lo relacionado en ella (sic). (...) Sé que donde vive no es adecuado para él, vive con la esposa y un hijo, de quien él se sostiene es de la esposa, ya que ella lava y es vendedora ambulante por días y los hijos que le colaboran en la alimentación y el sostenimiento porque hasta donde yo sé, él no tiene ningún salario y como él no puede salir a trabajar, porque como él es quien cuida la escuela, porque como tienen sala de cómputo y todo eso, si Don Jairo no cuidaba, como las Brisas es un barrio uhhh tiene mucho ladrón, pasa por ahí mucho delincuente. PREGUNTA.- Eso que usted acaba de manifestar porqué lo sabe. RESPUESTA.- Porque vivo al pie de la escuela, en frente. PREGUNTA.- Alguien le ha comentado o usted se dio cuenta por sus propios medios- RESPUESTA.- Yo sé por mis propios medios, porque vivo ahí entonces y unos sobrinitos estudian ahí. PREGUNTA.- Manifieste al Despacho si sabe y le consta que el señor Jairo Rodríguez Gaitán aparte de los servicios que usted dice que presta en la escuela José María Carbonell desempeña otra labor de la cual devengue algún sustento. RESPUESTA.- No señor. PREGUNTA.- Sabe usted o le consta si el señor Jairo Rodríguez Gaitán recibe algún tipo de órdenes por parte del director de la escuela o de otro funcionario del Municipio. En caso afirmativo de quién y porque razón. RESPUESTA.- No, no señor. (...) Sé que el rector va de vez en cuando y a veces le dice que limpie, que cómo va la escuela y todo eso, o sea le va como diciendo qué tiene que hacer.
(...)”.*

-Marina Castro:

“(...) Pues yo vivo en la actualidad en la casa, hace más de 23 años y desde el 98 ví que llegó el nuevo celador de la Escuela, hace ese tiempo que lo conozco, hasta la actualidad, que él es el que cuida la Escuela, ehh, hace el mantenimiento general de la Institución más que todo el punto donde hay computadores, hay una sala de computación, él es que entra las personas que llegan ahí a pedir la entrada a hablar con la

¹⁷ Folio 115, disco compacto.



Nº Interno: 1764-2014
Demandante: Jairo Rodríguez Gaitán
Demandado: Municipio de Ibagué

Directora de la Escuela o los profesores de Colegio, avisa a la Directora si es permitido entrar uno allá, a la diligencia que soliciten para entrar, mantenimiento del frente, poda los árboles, barre, es un buen celador, yo en particular soy testigo porque vivo relativamente cerca a la escuela, es el cargo que desempeña dentro de la escuela.

PREGUNTA.- Porqué sabe o le constan los hechos que ha relatado anteriormente. RESPUESTA.- Porque relativamente somos vecinos, vivimos no al frente, sino que mi casa da con el frente de escuela por la parte lateral y relativamente uno sale también a barrer, a hacer aseo al frente de la casa de uno y uno lo ve, saca la basura, poda los árboles, él es que los recoge, los acomoda en bolsas, está pendiente en el día, en la noche, cela porque es un barrio bastante delicado en esa situación porque hay mucha delincuencia en general, entonces él constantemente, se levanta uno a veces y él está por la noche haciendo rondas por el sector de la escuela, por adentro, vigilante, es prácticamente un celador que está en la Escuela ahí cuidando y viendo que hace falta, que necesitan los profesores.

(...)

PREGUNTA.- Sabe o le consta si el señor Jairo Rodríguez Gaitán por el ejercicio de las labores a que usted ha hecho referencia recibe órdenes. En caso afirmativo, de parte de quien. RESPUESTA.- Pues, créo que de la Directora del Colegio. PREGUNTA.- Pero sabe o le consta. RESPUESTA.- No, no me consta".

-Jorge Mario Martínez:

"Soy residente del barrio las Brisas, prácticamente toda mi vida, conozco al señor Jairo, en un promedio de doce y quince años, sé que es el celador de la Escuela, pues lo veo constantemente se puede decir ahí en el establecimiento, el señor presenta los trabajos de jardinería, la Escuela mantiene organizada, limpia, vive con su esposa, y el señor mantiene frecuentemente en la Escuela. Sé que en cuestión económica el señor presenta la colaboración de la esposa, ella es vendedora ambulante, nosotros precisamente la hemos tenido en la casa, haciendo trabajos del hogar, aseo, lavar ropas a domicilio también porque yo a título personal le he ofrecido ese trabajo, ella me dijo, sí Don Mario, ella va muchas veces a la casa, ella dice le encargo cualquier situación que usted sepa, por eso tengo conocimiento de esto. (...) Veo al señor frecuentemente porque la Escuela es rodeada de arborización, no tiene ni malla, ni paredes, es una alambre de púas instalado en los mismos árboles que tiene, (...) la extensión del terreno es bastante grande, y da y colinda con unas piscinas, entonces mantengo frecuentemente ahí, porque hay un taller y observo al señor muchas veces alrededor de esa alambrada, mantiene organizando ese alambre, porque como le digo no tiene malla ni paredes, se lo revientan los muchachos, entonces él mantiene organizando- (...).

(...)

PREGUNTADO.- Sabe o le consta si para el ejercicio de las actividades a que ha hecho relación, el señor Jairo Rodríguez recibe órdenes, en caso afirmativo, por parte de quien. RESPUESTA.- Correctamente si me he dado cuenta, de algunas profesoras y del rector, como por decir algo, Jairo es tan amable abre la puerta, de las profesoras y del rector, sí señor".



-Joaquín Gomez Betancourt:

“(...) él era el celador de la escuela, el encargado de mantener la escuela limpia, prestar el servicio de salubridad, deshierba, mantiene organizada la escuela, es el encargado de hacer el aseo, de limpiarla, podar los árboles, sacar corriendo una plaga de viciosos que había ahí en el barrio, porque yo vivo al frente, él fue el encargado de sacarlos de ahí corriendo (...) vivo en la casa del frente, la casa del frente de la escuela es la mía (...).

PREGUNTA.- Sabe o le consta si el señor Jairo Rodríguez Gaitán para la realización de las labores a que ha hecho referencia recibe órdenes. En caso afirmativo, de quien y por qué razón. RESPUESTA.- De los profesores, del rector, en especial un rector que tenía el colegio anterior, no lo recuerdo muy bien, él era el que llegaba y lo ponía, que esto está sucio, que mire que hay que recoger la basura, o sea llegaba como a pasarle revista de cómo estaba la escuela, los profesores de ahí le reclaman cuando de pronto no ha barrido la entrada de la escuela, cuando llegan y hay un charco, que porque los niños se pueden caer, se empuercan, me consta porque estoy parado ahí al frente, me consta también que cuando ellos tienen sus temas de izadas banderas en el patio que está justo a la entrada, se levanta a barrer y a limpiar, porque viene izada de bandera, formación de los niños, de eso puedo dar testimonio porque lo he visto”.

Hecho este recuento probatorio, se advierte que acorde con el artículo 123 de la Constitución Política *“Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”*. A partir de esta norma, se entiende que *“quienes prestan sus servicios al Estado, toman la denominación genérica de ‘servidores públicos’, concepto que comprende, a su turno, dos grandes especies, a saber: el empleado oficial, noción que a su vez incluye al empleado público y al trabajador oficial y los miembros de las corporaciones públicas”¹⁸*.

Por otra parte, el artículo 122 de la Constitución Política indica que los empleos públicos tienen sus funciones detalladas en la ley o reglamento, y que para proveer los de carácter remunerado se requiere que i) estén contemplados en la planta de personal y que ii) sus emolumentos estén previstos en el presupuesto de la entidad. En el mismo sentido el numeral primero del artículo 19 de la Ley 909 de 2004 precisa que *“Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una*

¹⁸ YOUNES MORENO, Diego, *Derecho Administrativo Laboral*, 13 Ed., Edit. Temis, 2018, pág. 40.



Nº Interno: 1764-2014
Demandante: Jairo Rodríguez Gaitán
Demandado: Municipio de Ibagué

persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado”.

En el caso bajo estudio, el demandante alega la existencia de una relación legal y reglamentaria con la Secretaría de Educación Municipal de Ibagué, oculta por un contrato de comodato, en virtud del cual se desempeñó como celador de la Escuela Mixta José María Carbonell de Ibagué, desde el 20 de marzo de 1998, encontrándose en dichas labores para la fecha de presentación de la demanda, el 17 de junio de 2013.

Sin embargo, la Sala debe decir que de modo alguno se probó que existiera un empleo público de celador en la planta de dicho ente educativo, con funciones determinadas en la ley o reglamento y con un salario contemplado en el presupuesto de la entidad. Por ello, contrario a lo afirmado en la demanda, no se trató de un acuerdo con los elementos de una relación legal y reglamentaria, que pueda tenerse como un acto de nombramiento, sino que solo medió un contrato de comodato que posibilitó que el demandante llegara a habitar la Escuela Mixta José María Carbonell, de donde surgieron unas prestaciones mutuas por esa relación contractual.

Para la Sala la situación de hecho probada se trató de un acuerdo de voluntades, donde se pactó que el señor Jairo Rodríguez Gaitán residiría en la Escuela José María Carbonell, y que como contraprestación éste debía mantener en buen estado el bien, hacer las reparaciones locativas por mal manejo y prestar el servicio de vigilancia en horas y días no laborales.

No obstante, dichas actividades no constituyen una función pública misional de la Institución Educativa, que otorguen el carácter de empleado público a quien las ejerza, sino que corresponden a labores de construcción y sostenimiento de obras públicas propias de los trabajadores oficiales, conforme lo previsto por el literal a) del artículo 3 del Decreto 1848 de 1969. De modo que aunque se hubiesen probado los elementos de subordinación, horario y prestación personal del servicio, propios de la relación laboral, lo cierto es que materialmente se estaría frente a un contrato de trabajo, cuyo



estudio no corresponde a esta jurisdicción, como lo prescribe el numeral 4 del artículo 105 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ya que no conoce de los conflictos de carácter laboral surgidos entre entidades públicas y sus trabajadores oficiales.

Así las cosas, en contraposición a lo considerado por el Tribunal, esta Sala observa que el accionante no tenía la calidad de empleado público del Municipio de Ibagué, pues solo se demostró la entrega de un bien para su residencia familiar, sin que mediara el pago de arriendo y servicios públicos, y pese a que él actor se hubiera obligado a ciertas labores como contraprestación, éstas no configuran una relación legal y reglamentaria con la administración.

En último lugar, se aclara que no hay lugar a pronunciarse sobre la prescripción de los derechos laborales declarada en la sentencia apelada, comoquiera que ésta se revocará.

III. DECISIÓN

Por consiguiente, la Sala revocará la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo del Tolima, en su lugar, se negarán las pretensiones de la demanda.

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

REVOCAR la sentencia de primera instancia, proferida el 21 de febrero de 2014, por el Tribunal Administrativo del Tolima, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. En su lugar resuelve:



19

185

Nº Interno: 1764-2014
Demandante: Jairo Rodríguez Gaitán
Demandado: Municipio de Ibagué

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, acorde con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Sin lugar a condena en costas en las dos instancias.

TERCERO.- RECONOCER personería a la abogada Ingrid Daniela Zuñiga Mosquera para actuar en representación de la parte actora, de conformidad con el poder visible a folio 173 del expediente.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CÉSAR PALOMINO CORTÉS


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ


CARMELO PERDOMO CUÉTER

