

**AGOTAMIENTO DE VIA GUBERNATIVA – La administración debe dar la oportunidad de interponer los recursos de ley**

El artículo 47 del Código Contencioso Administrativo establece que en el texto de toda notificación o publicación se indicarán los recursos que legalmente proceden contra las decisiones de que se trate, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo. En el presente asunto se observa que en el Oficio demandado no se señaló la procedencia de ningún recurso, motivo por el cual, es evidente que la parte actora cumplió con su obligación, pues de conformidad con el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, al no dar la administración la oportunidad de interponer los recursos procedentes, se podrá demandar directamente, pues se entiende agotada la vía gubernativa.

**FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 47 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 135**

**FUNCIONARIO DE HECHO – Celador – portero / EMPLEADO PUBLICO – Prestó su servicio en la Institución Educativa Darío Echandía Olaya durante 6 años / MUNICIPIO DE IBAGUE – No mediaron los elementos formales que configuran la relación legal y reglamentaria**

Con base en la prueba documental y testimonial antes mencionada, la Sala llega a la convicción incontrovertible de que, HELMAN DARÍO ÁLVAREZ HERNÁNDEZ prestó sus servicios en la Institución Educativa Darío Echandía Olaya desempeñándose como Celador – Portero. La prueba testimonial es coincidente y uniforme en señalar que lleva allí más de 6 años, tal como se afirmó en la demanda, aspecto que el Municipio demandado, en ningún momento ha negado, pues en la contestación de la demanda, se limitó a responder que sólo se le dio en comodato una habitación en las Instalaciones de la INSTITUCIÓN EDUCATIVA DARÍO ECHANDÍA OLAYA, “pero sin pactarse contrato alguno”. Apreciada en su conjunto la prueba documental y testimonial a que se viene haciendo referencia, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, ella conduce de manera inexorable a afirmar que HELMAN DARÍO ÁLVAREZ HERNÁNDEZ prestó sus servicios en la Institución Educativa Darío Echandía Olaya, se desempeñó como empleado público del Municipio de Ibagué (Tolima), como Celador-Portero de la Institución Educativa Darío Echandía por 6 años, sin que mediaran para el efecto, algunos elementos formales que configuran la relación legal y reglamentaria, propia de estos servidores, como lo son el acto de nombramiento y posesión. La retribución que recibió por sus servicios, fue la habitación. Estas circunstancias, lo ubican en lo que la doctrina y la jurisprudencia ha denominado “funcionario de hecho”, en virtud de que no se reúnen a cabalidad las condiciones que demanda la investidura del funcionario público.

**MUNICIPIO DE IBAGUE – No expidió el acto de nombramiento y la posesión / SERVICIO DE VIGILANCIA – No es un servicio ocasional / ACTO DE NOMBRAMIENTO Y LA POSESIÓN – Derecho laborales**

No obstante tales irregularidades, es innegable que el actor prestó sus servicios y ellos deben ser retribuidos, pues no resultaría equitativo trasladarle las precariedades que presenta la relación laboral al servidor, las cuales son consecuencia de la actitud omisiva de la Administración, al haber mantenido esa situación durante varios años, sin expedir el acto de nombramiento y la posesión. La omisión en que incurrió el Municipio, al haberlo vinculado como Celador de la Institución Educativa, sin que mediara un acto de nombramiento y la posesión y al fijarle sus emolumentos como lo ordena la ley, no puede prevalecer sobre derechos irrenunciables del servidor. Existen en el ordenamiento postulados de rango Constitucional que garantizan la

primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales. En ello se traducen aspectos de la protección especial del derecho al trabajo que consagra la Constitución. (art. 25 y 53 de la C.N.)

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION A**

**Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON**

Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de dos mil trece (2013)

**Radicación número: 73001-23-31-000-2010-00673-01(1555-12)**

**Actor: HELMAN DARIO ALVAREZ HERNANDEZ**

**Demandado: MUNICIPIO DE IBAGUE - SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL**

**Autoridades Municipales**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 3 de febrero de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

**ANTECEDENTES**

HELMAN DARÍO ÁLVAREZ HERNÁNDEZ en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo y por conducto de apoderado demandó del Tribunal Administrativo del Tolima la nulidad del Oficio 004396 de 26 de abril de 2010 proferido por el Secretario de Educación del Municipio de Ibagué, por medio del cual negó su condición de funcionario de hecho, con ocasión a la prestación de servicios como Celador – Portero de la Institución Educativa Darío Echandia Olaya de la ciudad de Ibagué y el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho pretende se condene a la demandada a pagarle el valor de los salarios, horas extras, recargos nocturnos, cesantías, intereses a las mismas, primas de servicio, navidad, vacaciones, indemnización por mora en el pago, cuotas de la seguridad social por el actor canceladas durante el período que laboró, con sus respectivas indexaciones.

Como hechos en que sustenta sus pretensiones señala:

El actor desempeñó las funciones de celador y portero de la Institución Educativa Técnico Comercial Darío Echandia Olaya al servicio de la Alcaldía Municipal de Ibagué y la Secretaría de Educación Municipal, desde el 8 de febrero de 2003 hasta el 31 de marzo de 2009.

Las labores desempeñadas de manera personal, permanente, diaria, continua e ininterrumpida, fueron ejercidas en el horario de lunes a viernes de 2 de la tarde a 6 de la mañana y 24 horas permanentes los días sábados, domingos y festivos, sin descanso remunerado ni compensatorios durante el tiempo de servicio.

Las directivas del plantel daban constantemente órdenes e instrucciones de forma verbal y por escrito, de las cuales se puede inferir la subordinación, la prestación personal del servicio y el horario de trabajo.

La entidad demandada le compensó la prestación del servicio con el suministro de vivienda, a pesar de existir mandato legal que sólo autoriza el pago del 10% como salario en especie.

El 13 de noviembre de 2009 presentó escrito en ejercicio del derecho de petición, en el que solicitó el reconocimiento de su condición de funcionario de hecho y el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales e indicó su dirección de notificación, petición que no fue contestada por la entidad demandada.

Instauró acción de tutela con el fin de lograr el amparo constitucional, por lo cual, la entidad demandada emitió el Oficio 004396 del 26 de abril de 2010, el cual no se notificó personalmente, situación que impidió que se enterara de su contenido, considerándose además que no existió notificación en virtud a que el oficio fue dirigido a una dirección diferente a la señalada en el escrito de petición.

Procedió a solicitar nuevamente copia auténtica del Oficio 004396 del 26 de abril de 2010 y su certificación de notificación personal, por correo o edicto, sin obtener respuesta por parte de la entidad, ante lo cual, interpuso nuevamente acción de tutela, en la que se ordenó a la entidad dicha entrega, la cual fue realizada el 28 de julio de 2010, sin prueba de recibido y con una dirección diferente.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

- Constitución Política: Artículos 1, 2, 6, 13, 23, 48 y 53.
- Código Contencioso Administrativo: Artículos 2, 3 y 6.
- Decreto Ley 3135 de 1968.
- Decreto 1048 de 1978.
- Ley 6 de 1945.
- Ley 65 de 1946.

Como concepto de violación contra las normas invocadas expresa:

Se desconocen los derechos constitucionales señalados ya que el actor se desempeñó como empleado público (celador) del Municipio de Ibagué, por más de ocho años, sin que mediaran las condiciones que configuran la relación legal y reglamentaria propia de estos servidores, circunstancia que lo ubica en la modalidad de un funcionario de hecho, por lo que la omisión en que incurrió el municipio no puede prevalecer sobre derechos irrenunciables del servidor.

### **LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo del Tolima mediante providencia del 3 de febrero de 2012 decretó no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada y accedió a las pretensiones de la demanda por considerar que es incuestionable que el actor tiene derecho a recibir la remuneración asignada al cargo de Celador, código 615, grado 01 previsto en la planta de personal de la Institución Educativa, teniendo en cuenta que desempeñó las funciones en condición de funcionario de hecho, pues no reúne a cabalidad las condiciones que demanda la investidura del funcionario público.

Motivo por el cual, ordenó el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones que debió devengar como funcionario de hecho durante el período comprendido entre el 8 de febrero de 2003 y el 31 de marzo de 2009, cuando fue desalojado de la Institución donde desempeñaba las funciones de celador, negando el pago de las horas extras, recargo nocturno, feriados y dominicales al no indicarse las fechas en las cuales se produjeron.

Finalmente, declaró prescritos los derechos causados entre el 8 de febrero de 2003 y el 13 de noviembre de 2006.

### **FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN**

El apoderado de la parte demandada interpone recurso de apelación por considerar que no se agotó la vía gubernativa, pues no se interpusieron los recursos legales. De igual manera considera que la acción se encuentra caducada, pues el acto fue notificado el 28 de abril de 2010 y la solicitud de conciliación prejudicial fue presentada el 28 de septiembre del mismo año, es decir, un mes después del vencimiento del término establecido en el numeral 4 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

Finalmente, indica que no se configuró entre el Municipio de Ibagué y el actor relación laboral alguna, debido a que no existió orden, contrato o vinculación legal o reglamentaria para el reconocimiento de las prestaciones sociales reclamadas.

Para resolver, se

### **CONSIDERA**

De conformidad con el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, el recurso de apelación se entiende interpuesto en lo desfavorable al Municipio de Ibagué, único apelante.

El problema jurídico se contrae a establecer si en el presente asunto deben prosperar las excepciones de falta de agotamiento de la vía gubernativa y caducidad de la acción formuladas por el apoderado del Municipio de Ibagué. De igual manera, si se configuró entre el actor y el Municipio de Ibagué la figura de funcionario de hecho y en caso afirmativo, si tiene derecho al reconocimiento y

pago de salarios y prestaciones en igualdad de condiciones a los empleados de planta.

### **AGOTAMIENTO DE LA VÍA GUBERNATIVA**

Considera el apoderado del Municipio de Ibagué que debe prosperar esta excepción por considerar que al ser el Oficio demandado un acto particular y concreto el actor debió interponer los recursos para agotar la vía gubernativa.

Obra a folio 75 del expediente el Oficio 004395 del 26 de abril de 2010 en el cual el Secretario de Educación Municipal de Ibagué contesta la petición formulada por el actor en los siguientes términos:

*“De acuerdo con la manifestación por usted hecha en cuanto a que prestó sus servicios como celador en la institución educativa DARÍO ECHANDÍA en virtud de lo cual usted pretende el pago de de (sic) emolumentos salariales.*

*Me permito informarle:*

*Como es de su conocimiento, usted no es ni ha sido empleado del Municipio, razón por la cual no es procedente acceder a ordenar el reconocimiento y pago de los dineros solicitados por usted, contrario a ello como bien lo sabe afrontó un proceso policivo por desalojo que se tramitó en la inspección 10 de policía de Ibagué, donde se ordenó y así se llevo a cabo la diligencia de desalojo en el año 2009”*

Por su parte, el artículo 47 del Código Contencioso Administrativo establece que en el texto de toda notificación o publicación se indicarán los recursos que legalmente proceden contra las decisiones de que se trate, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.

En el presente asunto se observa que en el Oficio demandado no se señaló la procedencia de ningún recurso, motivo por el cual, es evidente que la parte actora cumplió con su obligación, pues de conformidad con el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, al no dar la administración la oportunidad de interponer los recursos procedentes, se podrá demandar directamente, pues se entiende agotada la vía gubernativa.

## **CADUCIDAD DE LA ACCIÓN**

Señala que el acto demandado fue notificado el 28 de abril de 2010 y la solicitud de conciliación prejudicial fue presentada el 28 de septiembre del mismo año, es decir, un mes después del vencimiento del término establecido en el numeral 4 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

Tal como lo señaló el Tribunal se observa que a folios 52 a 57 del expediente obra el escrito que en ejercicio del derecho de petición presentó mediante apoderada el señor HELMAN DARÍO ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, indicando como dirección de notificación la Avenida 1 No. 28-64 Barrio América de Ibagué, sin que la entidad demandada diera respuesta.

El Municipio de Ibagué mediante el Oficio 004396 del 26 de abril de 2010 y como consecuencia de la acción de tutela interpuesta por el actor contestó el derecho de petición interpuesto por el actor.

Empero, se observa que a pesar de la existencia del envío de la guía del 27 de abril de 2010 por parte de la entidad demandada, no se encuentra demostrado que el actor la hubiera recibido, lo que lleva a la Sala a concluir que el actor para dicha fecha no tenía conocimiento de la respuesta de su petición, máxime, si se tiene en cuenta que la respuesta fue enviada a una dirección diferente a la señalada en el escrito del derecho de petición.

Por lo anterior, solicitó nuevamente a la entidad en ejercicio del derecho de petición, se le expidiera copia del Oficio demandado y del acta de notificación sin obtener respuesta por parte de la entidad, la cual se produjo el 28 de julio de 2010 con ocasión de la orden impartida dentro de la acción de tutela proferida por el Juzgado 10 Civil Municipal de Ibagué.

Para efectos de decidir se tiene lo siguiente:

El numeral 2 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, determina que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto.

Por su parte, el artículo 3 del Decreto 1716 de 2009, dispone que el término de caducidad se suspenderá con la presentación de la conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público hasta que se logre el acuerdo conciliatorio, se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2 de la Ley 640 de 2001 o se venza el término de tres meses contados a partir de la presentación de la solicitud.

En el presente asunto, se observa que el actor tuvo conocimiento de la decisión de la administración el 28 de julio de 2010 fecha desde la cual debe contabilizarse el término de caducidad, el cual se suspendió desde el 28 de septiembre de 2010 con ocasión de la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial hasta el 8 de noviembre del mismo año cuando se declaró fallida.

Lo anterior significa que la conciliación se intentó a 30 días del vencimiento del término de caducidad, es decir, el término se reanuda por el tiempo que faltare, lo que conlleva a determinar que dicho plazo venció el 7 de diciembre de 2010 y la demanda fue interpuesta el 19 de noviembre de 2010 (folio 103), por lo que se concluye que se presentó dentro del término establecido en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

#### **FONDO DEL ASUNTO**

Hechas las anteriores aclaraciones, se tiene que las peticiones de la demanda se orientan a obtener la nulidad del Oficio 004396 de 26 de abril de 2010 por medio del cual negó su condición de funcionario de hecho, con ocasión a la prestación de servicios como Celador – Portero de la Institución Educativa Darío Echandía Olaya de la ciudad de Ibagué y el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales.

El Tribunal Administrativo del Tolima accedió a las pretensiones de la demanda por considerar que el actor desempeñó las funciones de Celador –Portero de la Institución Educativa Darío Echandía Olaya de la ciudad de Ibagué en condición de funcionario de hecho, pues no reúne a cabalidad las condiciones que demanda la investidura del funcionario público.

El apoderado de la entidad demandada indica que no se configuró entre el Municipio de Ibagué y el actor relación laboral alguna, debido a que no existió orden, contrato o vinculación legal o reglamentaria para el reconocimiento de las



prestaciones sociales reclamadas.

Para efectos de decidir, se tiene lo siguiente:

Sobre la modalidad del vínculo, mediante el Oficio demandado (Folio 75) el Secretario de Educación Municipal de Ibagué le informó al señor HELMAN DARÍO ÁLVAREZ HERNÁNDEZ que no es ni ha sido empleado del Municipio.

A folio 5 del expediente obra el acta de compromiso suscrito entre el Consejo Directivo de la Institución Educativa Técnica Darío Echandía Olaya y el señor Helman Darío Álvarez Hernández, en donde se señala:

*1.- El señor Helman Darío Álvarez Hernández tomará en arriendo dicha instalaciones (sic) por valor de 50.000 Cincuenta Mil pesos y como CONTRAPRESTACIONES el arrendatario se compromete con el establecimiento a la vigilancia nocturna de la Instalación, bienes muebles y enseres que contenga.*

*2.- El señor Helman Darío Álvarez Hernández manifiesta que se compromete a observar e informar al Consejo Directivo de las irregularidades que se puedan presentar en las instalaciones del plantel educativo.*

*(...)*

*5.- No hay lugar al pago de arrendamiento por parte del señor HELMAN DARÍO ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, toda vez que no adquiere calidad de arrendatario, constituyéndose sólo en un mero tenedor del bien entregado para vivienda, en igual forma el Consejo Directivo no adquiere obligación laboral con el señor HELMAN DARÍO ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, ya que no es empleado y por tanto, no está subordinado bajo ningún aspecto al Consejo Directivo de la Institución Educativa Técnica Darío Echandía Olaya, no tener asignado el cumplimiento de jornada laboral alguna como también el pago de remuneración salarial.*

Obran a folios 8 a 10 del expediente, cartas suscritas por la Directora de la Institución Educativa Técnica Darío Echandía Olaya, dirigidas al actor, donde le indica lo siguiente:

*Comendidamente me permito recordarles que los días sábados, domingo (sic) y festivo queda prohibido dejar entrar personal a esta Institución sin el debido permiso de la rectoría.*

*(...)*

De igual manera comparecieron al proceso a rendir declaración en relación con los servicios prestados por el actor como Celador –Portero en la Institución Educativa Técnica Darío Echandía Olaya las siguientes personas:

**MILCIADES ESPINOSA TRIANA** en lo que interesa al proceso dijo:

*“...Sí conocí al señor HELMAN cuando llegué a laborar a la Institución Educativa Darío Echandía. PREGUNTADO: Indíquele al Despacho si le consta y por qué razón si el señor HELMAN DARÍO ÁLVAREZ prestó algún servicio de carácter laboral en la institución educativa donde usted laboró, en caso positivo precise al Despacho si conoció como se vinculó dicho señor en la Institución Educativa. CONTESTÓ: Si me consta, ya que el señor HELMAN ÁLVAREZ ejercía en forma ininterrumpida el servicio de portero y celador en la institución ya indicada, la vinculación del señor Álvarez tengo entendido que fue el Consejo Directivo a través de un oficio le encomendó este tipo de función además tenía otras como eran las de mensajero ya que dicho señor en algunas oportunidades iba y cancelaba el servicio de teléfono, en el colegio existía un solo celador que era el señor VITELIO N, quien no alcanzaba a cumplir las horas reglamentarias de las 24 horas para ejercer su labor, en tal razón se le encomendaba por parte de las directivas del colegio al señor ÁLVAREZ para que cumpliera las funciones de portero o celador después de que el señor VITELIO N cumpliera su ciclo diario de trabajo, tengo entendido que el señor VITELIO estaba de 6:00 a.m a 2 p.m. a partir de ahí don HELMAN recibía las llaves para encargarse de dicha función, es de entender que yo en algunas oportunidades iba al colegio los domingos y veía al señor ÁLVAREZ ejerciendo la función de celador, además por lo difícil que es ese sector donde queda ubicado el colegio era prioritaria la vigilancia allí (...) PREGUNTADO: Indíquele al Tribunal si al señor HELMAN le formulaban órdenes para el desarrollo de sus funciones en la Institución Darío Echandía, en caso afirmativo indique de dónde emanaban y bajo que modalidad se hacían las mismas, El Despacho objeta la primera parte de la pregunta porque en el texto de esta diligencia se ha aludido ya la misma. CONTESTÓ: A través de la Directora de la Institución LUZ ÁNGELA CAMARGO, lo hacía verbalmente siempre.*

**VITELIO BRIÑEZ** quien ocupaba el cargo de celador de la Institución Educativa Técnica Darío Echandía Olaya manifestó:

*“... A las 2 p.m. le entregaba las llaves al señor HELMAN y de ahí el quedaba responsable de la seguridad y la portería del plantel hasta el 2004, en el 2004, se me hizo un traslado a la*

*Escuela el Salado y ahí quedó trabajando el señor HELMAN. Doña Esperanza la rectora estuvo trabajando hasta el 2002 y desde ahí en adelante estuvo la señora LUZ ÁNGELA CAMARGO que fue quién la reemplazó como rectora y era ella la que nos decía el horario y la que nos decía a quién había que entregar las llaves*

**LIBARDO DÍAZ GONZÁLEZ** al respecto señaló:

*“El estaba ahí en la portería, me imagino de portero porque el vivía ahí con la familia, también hacía trabajos adentro como arreglos de baños porque varias veces me compró materiales como ladrillo y cemento, desde el año 2002 o 2003 hasta más o menos del 2009 que oí que lo habían sacado del colegio (...) El rector era el que daba las órdenes, hubo varias rectoras, primero una señora que no recuerdo el nombre y después un señor.*

Con base en la prueba documental y testimonial antes mencionada, la Sala llega a la convicción incontrovertible de que, HELMAN DARÍO ÁLVAREZ HERNÁNDEZ prestó sus servicios en la Institución Educativa Darío Echandía Olaya desempeñándose como Celador – Portero. La prueba testimonial es coincidente y uniforme en señalar que lleva allí más de 6 años, tal como se afirmó en la demanda, aspecto que el Municipio demandado, en ningún momento ha negado, pues en la contestación de la demanda, se limitó a responder que sólo se le dio en comodato una habitación en las Instalaciones de la INSTITUCIÓN EDUCATIVA DARÍO ECHANDÍA OLAYA, “pero sin pactarse contrato alguno”.

Apreciada en su conjunto la prueba documental y testimonial a que se viene haciendo referencia, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, ella conduce de manera inexorable a afirmar que HELMAN DARÍO ÁLVAREZ HERNÁNDEZ prestó sus servicios en la Institución Educativa Darío Echandía Olaya, se desempeñó como empleado público del Municipio de Ibagué (Tolima), como Celador-Portero de la Institución Educativa Darío Echandía por 6 años, sin que mediaran para el efecto, algunos elementos formales que configuran la relación legal y reglamentaria, propia de estos servidores, como lo son el acto de nombramiento y posesión. La retribución que recibió por sus servicios, fue la habitación.

Estas circunstancias, lo ubican en lo que la doctrina y la jurisprudencia ha denominado “funcionario de hecho”, en virtud de que no se reúnen a cabalidad las condiciones que demanda la investidura del funcionario público.

No obstante tales irregularidades, es innegable que el actor prestó sus servicios y ellos deben ser retribuidos, pues no resultaría equitativo trasladarle las precariedades que presenta la relación laboral al servidor, las cuales son consecuencia de la actitud omisiva de la Administración, al haber mantenido esa situación durante varios años, sin expedir el acto de nombramiento y la posesión.

La omisión en que incurrió el Municipio, al haberlo vinculado como Celador de la Institución Educativa, sin que mediara un acto de nombramiento y la posesión y al fijarle sus emolumentos como lo ordena la ley, no puede prevalecer sobre derechos irrenunciables del servidor.

Existen en el ordenamiento postulados de rango Constitucional que garantizan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales. En ello se traducen aspectos de la protección especial del derecho al trabajo que consagra la Constitución. (art. 25 y 53 de la C.N.)

En ese orden, la prestación del servicio se encuentra demostrada con los testimonios que afirman que el actor vivía en la Institución Educativa, donde se desempeñaba todos los días como celador y portero.

Ante la evidencia de la prestación de los servicios personales, no podrían primar las omisiones en que incurrió el Municipio demandado, al no haberlo vinculado regularmente, expidiendo el acto de nombramiento y posesionándolo, con el único fin de negar al servidor los derechos laborales que contempla la ley.

Advierte la Sala que si una persona presta servicios como vigilante por varios años resulta inadmisibles afirmar que realiza actividades temporales e independientes, siendo que la labor contratada por la entidad exige que se brinde el servicio de seguridad en forma permanente para poder funcionar con total tranquilidad.

Carecería de cualquier lógica que los servicios de vigilancia se prestaran ocasionalmente, siendo que la seguridad de la entidad puede verse afectada en cualquier momento, lo que exige la presencia continua de una persona que ofrezca y garantice la guarda de la misma.

Lo anterior permite concluir que para cumplir con las labores de vigilancia, la persona contratada para tal fin, debe atender y obedecer las órdenes de sus superiores, a quienes les corresponde determinar en qué forma, horario y dependencia se debe prestar el servicio, es decir, que el elemento de la subordinación es indispensable para que se pueda desarrollar tal servicio.

Por las razones que anteceden, se confirmará el fallo de 3 de febrero de 2012 proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima que accedió a las súplicas de la demanda

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 y por autoridad de la ley,

### **FALLA**

**CONFIRMAR** la sentencia de 3 de febrero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que accedió a las pretensiones de la demanda formulada por el señor HELMAN DARÍO ÁLVAREZ HERNÁNDEZ contra el Municipio de Ibagué.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y una vez ejecutoriada esta sentencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

**GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN    ALFONSO VARGAS RINCÓN**

**LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO**