

**CONTRATO REALIDAD – Reconocimiento / PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE VIGILANCIA Y CELADURÍA EN ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO – Labor subordinada / RECONOCIMIENTO DEL CONTRATO REALIDAD – No atribuye al contratista la calidad de empleado público**

Las actividades desarrolladas por el actor revisten las características propias de un empleo de carácter permanente, pues se desempeñó por 4 años como celador de las distintas instituciones educativas, que el municipio de Pereira le asignaba, sin que lograra ser autónomo e independiente, como lo manifestó el ente territorial demandado, pues como se observa en los contratos, éste debía controlar el ingreso y salida de personas y muebles de la entidad, como otras funciones, lo señalado indica entonces, que el demandante recibía órdenes de un superior, cumplía dicha actividad a través de horarios y turnos en las instituciones, es decir no se trató de una relación de coordinación contractual, sino de una en la que imperó la subordinación, desdibujándose de esta manera las características propias de un contrato u orden de prestación de servicio. Ahora, bien, la Sala advierte que, si bien se encuentran probados los elementos constitutivos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, también lo es, que ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, como quiera que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el artículo 122 superior.

**FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 122**

**PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO REALIDAD – Configuración / APORTES A PENSIÓN – Imprescriptibles**

La Sala advierte que la última vinculación del demandante como celador - vigilante al servicio del municipio de Pereira, se dio en virtud del contrato 1019 de marzo de 2008, cuya duración se pactó por nueve meses, es decir hasta el 29 de diciembre de 2008, y formuló la respectiva solicitud de pago de las prestaciones emanadas del vínculo de carácter laboral el 3 de abril de 2013, lo que significa que los emolumentos que reclama fueron pedidos por fuera de los tres años. No obstante lo anterior, y dado que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles, tal como se explicó en la sentencia de unificación de la sección segunda de 25 de agosto de 2016, el ente territorial deberá tomar durante el tiempo comprendido entre el 3 de febrero de 2004 al 29 de diciembre de 2008, salvo sus interrupciones, el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Procedencia / DESNATURALIZACIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / CONTRATO REALIDAD – Configuración / SUBORDINACIÓN / RELACIÓN DE COORDINACIÓN CONTRACTUAL / CONTRATO REALIDAD – Carga de la prueba**

El contrato de prestación de servicios es aquel a través del cual se vincula a una persona con el fin de realizar actividades afines con la administración o con el funcionamiento de la entidad o para ejecutar labores que no pueden ser asumidas por el personal de planta y que en ningún caso se admite el elemento de subordinación por parte del contratista, como quiera que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual. (...). Teniendo en cuenta el tratamiento jurisprudencial que se ha dado al contrato realidad se concluye, en cuanto a su configuración, que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, ya aludidos: la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva, y en particular la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier servidor público, siempre y cuando la subordinación continuada que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito. A lo anterior, debe agregarse que la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, según el aforismo «*onus probandi incumbit*», dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y a acreditar la presencia real de los elementos anteriormente señalados dentro de la actividad desplegada, especialmente el de subordinación que, como se mencionó, es el que de manera primordial entraña la comprobación de la existencia de una relación laboral.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre los elementos de la relación laboral, distinguibles del contrato de prestación de servicios, ver: Corte constitucional, sentencia C-154 de 1997, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa. En relación con la prescripción de los derechos laborales que emanan del reconocimiento del contrato realidad, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Segunda, sentencia de 25 de agosto de 2016, radicación: 0088-15, C.P.: Carmelo Perdomo Cuéter.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 32 ORDINAL 3

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN SEGUNDA**

##### **SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

Bogotá, D. C., treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

**Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00431-01(0846-15)**

**Actor: FERNANDO ELÍAS LARGO TABA**

**Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA**

## **I.- ANTECEDENTES**

Procede la Sala de Subsección A, a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia del 16 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que accedió a las pretensiones de la demanda presentada por FERNANDO ELÍAS LARGO TABA en contra del MUNICIPIO DE PEREIRA, con el fin que se accediera a las siguientes,

### **1.- PRETENSIONES**

El actor formuló las siguientes pretensiones:

- “1.- Declarar nulo el acto administrativo No 11645 del 25 de abril de 2013 expedido por la Alcaldía de Pereira – Secretaría de Educación Municipal, mediante la cual se negó el reconocimiento y pago del reajuste salarial y de prestaciones sociales.
2. Declarar la existencia de una relación de carácter laboral entre mi mandante y la entidad demandada del 3 de febrero de 2004 hasta el 29 de diciembre de 2008.
3. Condenar a la entidad Municipio de Pereira a liquidar y pagar al señor FERNANDO ELÍAS LARGO TABA a título de indemnización las diferencias salariales y el total de las prestaciones sociales liquidados conforme a los derechos laborales de los empleados de planta que realizan las mismas funciones o similares adscrito al Municipio de Pereira – Secretaría de Educación (prima de servicios, prima de navidad, auxilio de transporte, dotación y cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, subsidio de alimentación, bonificación por recreación), correspondientes al periodo comprendido del 3 de febrero del año 2004 al 29 de diciembre del año 2008. (...)
4. Ordenar a la entidad demandada a liquidar y pagar a título de indemnización el trabajo suplementario, desde el 1 del mes de marzo del año 2005 al 29 de diciembre de 2008. (...)
- 5.- Condenar al municipio de Pereira a pagar a mi poderdante a título de indemnización los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud.
6. Declarar que el tiempo laborado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios debe ser computado para efectos pensionales.” (Texto de su original folios 5 y 6 del cuaderno principal)

## **2.- HECHOS**

El apoderado sostiene que el señor FERNANDO ELÍAS LARGO laboró para el Municipio de Pereira en la Secretaria de Educación, desde el 3 de febrero de 2004 hasta el 29 de diciembre de 2008, como vigilante en varias instituciones educativas, como, por ejemplo, instituto docente sur oriental, san Antonio de Padua, Deogracias Cardona, Francisco de Paula Santander, Las Brisas, Escuela Normal Superior, Aquilino Bedoya y Jorge Eliecer Gaitán.

Aseguró que el demandante tenía como funciones la de cumplir turnos de portería o aquellas que le asignará el rector o el director rural, custodiar y cuidar el área o zona de la institución que se le haya designado, controlar la entrada y salida de personas, vehículos y objetos del plantel educativo, velar por el mantenimiento, conservación y seguridad de los bienes del establecimiento educativo en las zonas de vigilancia que le hayan sido asignadas, colaborar con la prevención y control de situaciones de emergencia, entre otras.

Resaltó que, durante las vinculaciones de contrato de prestación de servicios, no le fueron reconocidas las prestaciones sociales, motivo por el cual, presentó solicitud de reconocimiento ante la administración municipal, la cual mediante oficio No 11645 del 25 de abril de 2013, negó la existencia de una relación laboral, entre ella y el demandante.

## **3.- DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN<sup>1</sup>**

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

Artículos 23, 35 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo;

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

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

Ley 100 de 1993;

Decreto 1848 de 1969;

Ley 21 de 1982.

---

<sup>1</sup> Folios 8 – 12 del expediente.

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

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

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

#### **4.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>2</sup>**

El apoderado del Municipio de Pereira contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con los siguientes argumentos:

Indicó que no es cierto que haya trabajado para el municipio de Pereira, lo que hubo fue un contrato a través de una prestación de servicios, en diferentes periodos de tiempo y no de forma continua como lo pretende el actor.

Relacionó las diferentes órdenes prestación de servicios suscritos por el demandante y el tiempo de duración, con el objetivo de insistir en que no existió una continuidad en la prestación del servicio.

Propuso como excepciones (i) la inexistencia del contrato de trabajo o relación laboral, como quiera que en la actividad desarrollada por el demandante no se encontraba ningún poder de subordinación, en la medida que el demandante tenía autonomía en la toma de decisiones, (ii) inexistencia de causa para demandar y

---

<sup>2</sup> Folios 106 – 122 del expediente.

cobro de lo no debido toda vez, que no se adeuda ninguna acreencia que tenga su génesis en un contrato porque nunca se dio el vínculo laboral,(iii) inexistencia de la supremacía de la realidad, en la medida que los elementos que deben existir en un contrato de trabajo, no fueron cumplidos por el demandante en la actividad desarrollada y (iv) caducidad y prescripción.

## **5.- TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA.**

En la fecha señalada, el a quo celebró la audiencia inicial<sup>3</sup>; en dicha diligencia (i) fue saneado el proceso, (ii) fueron resueltas las excepciones previas y (iii) se fijó el litigio en los siguientes términos:

“[...] si entre el municipio de Pereira y el señor Fernando Elias Largo Taba existió una relación laboral, que lo hace acreedor al pago de prestaciones sociales y emolumentos que constituyan factor salarial de acuerdo con la labor que desempeñaba.<sup>4</sup>”

## **6.- LA SENTENCIA APELADA<sup>5</sup>**

El Tribunal Administrativo de Risaralda mediante sentencia del 16 de septiembre de 2014, accedió a las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Luego de realizar un recuento jurisprudencial en relación con la prescripción de los derechos en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho en los cuales se pretende la declaratoria de la existencia de la relación laboral, y de hacer el respectivo estudio probatorio, el Tribunal sostuvo que se encuentra debidamente probado que el demandante prestó sus servicios al municipio de Pereira – Secretaria de Educación, como celador en establecimiento educativo de esa localidad, cumpliendo con labores de vigilancia desde el 3 de febrero de 2004 al 29 de diciembre de 2008, funciones que fueron desempeñadas por éste bajo el cumplimiento de un horario, el cual era desarrollado por turnos asignados por los

---

<sup>3</sup> Folio 149 a 152 del cuaderno principal.

<sup>4</sup> Folio 163 del primer cuaderno

<sup>5</sup> Folios 206 a 218 de este cuaderno.

rectores de los planteles educativos, quienes a su vez, tenían la calidad de autoridad encargada e impartir órdenes y funciones que el actor debía de cumplir en desarrollo de su labor.

De lo anterior, se infirió que en el presente caso existió una verdadera relación laboral durante el tiempo de vigencia de los contratos u órdenes de prestación de servicios concurriendo los 3 elementos esenciales para que exista.

De acuerdo con lo anterior, declaró la nulidad del oficio 11645 del 24 de abril de 2013, por medio de la cual, el ente territorial negó la solicitud de reconocimiento de la relación laboral, como consecuencia de lo anterior, se ordenó al municipio de Pereira a reconocer la existencia de la relación laboral al demandante y las prestaciones sociales de orden legal, a partir del 3 de febrero de 2004 a 29 de diciembre de 2008.

#### **7.- RECURSO DE APELACIÓN.**

Contra la decisión anterior, el ente territorial demandado interpuso recurso de apelación en los siguientes términos,

Resaltó que el hecho de que la administración tuviera injerencia en la labor desarrollada no implica subordinación, sino coordinación. No puede el tribunal inferir que existe subordinación por el hecho de desplegar labores propias del contrato celebrado, pues deviene de la misma ejecución del mismo.

La necesidad del servicio ameritó la contratación de más personal por no contar con el suficiente personal en la Administración municipal, razón por la cual, la contratación como vigilante del actor, se dio bajo los lineamientos normativos establecidos.

#### **8.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**

8.1.- El apoderado de la parte demandante guardó silencio.

8.2.- El apoderado de la entidad demandada reiteró lo expuesto en la demanda.

8.3.- MINISTERIO PÚBLICO, no presentó concepto.

## **II.- CONSIDERACIONES**

### **1.- Problema Jurídico**

En el presente asunto se trata de determinar (i) si al demandante le asiste razón o no para reclamar a la entidad territorial demandada el pago de las prestaciones salariales y sociales no devengadas durante el tiempo que permaneció vinculado como vigilante.

### **2.- Marco Normativo y jurisprudencial.**

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

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.

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

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997<sup>6</sup>,

---

<sup>6</sup> Corte Constitucional, sentencia de 19 de marzo de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.



precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, sobre el particular indicó:

“El contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales - contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.

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

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

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

Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, importa señalar que se debe restringir o se exceptúan aquellos casos en los que la entidad pública requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional; porque si contrata por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que de manera permanente se asignan a los demás servidores públicos, caso en el cual no se desdibuja dicha relación contractual.

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

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

Frente al particular, la Sección Segunda<sup>7</sup> de esta Corporación reiteró (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, elementos de juicio que enmarcan el análisis del tema y que se tendrán en cuenta para decidir el asunto *sub examine*.

### **3.- Caso concreto**

#### **3.1.- Del material probatorio se destaca lo siguiente:**

- A folio 30 del cuaderno No 2 obra copia de la constancia emitida por la Secretaría de Educación Municipal – Municipio de Pereira, la relación de las distintas órdenes de prestación de servicio y el tiempo de duración de cada una de ellas.

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.

- A continuación, se relacionarán las órdenes de prestación de servicios que obran dentro del expediente:

<b>Institución Educativa</b>	<b>Cargo</b>	<b>Periodo de Duración de la labor contratada.</b>	<b>Folio</b>
Sur Oriental	Celador	03/02/01 a 30/04/2004	12 – cuaderno 2
Sur Oriental	Celador	01/05/04 a 30/06/04	13 – cuaderno 2
Sur Oriental	Celador	1/07/04 a 30/09/04	14 – cuaderno 2
San Antonio de Padua	Celador	1/10/04 a 31/12/04	15 – cuaderno 2
Deogracias Cardona	Celador	01/05/05 a 28/02/05	16 – cuaderno 2
Deogracias Cardona	Celador	01/05/05 a 31/05/05	17 – cuaderno 2
Deogracias Cardona	Celador	01/06/05 a 30/06/05	18 – cuaderno 2
Deogracias Cardona	Celador	01/07/05 a 30/06/05	19 – cuaderno 2
Deogracias Cardona	Celador	01/08/05 a 31/08/05	20 – cuaderno 2
Deogracias Cardona	Celador	01/09/05 a 30/09/05	21 – cuaderno 2
Deogracias Cardona	Celador	01/10/05 a 31/10/05	22 – cuaderno 2
Deogracias Cardona	Celador	01/11/05 a 31/12/05	23 – cuaderno 2
Deogracias Cardona	Celador	01/01/06 a 31/01/06	24 – cuaderno 2
Francisco de Paula Santander	Celador	01/02/06 a 31/03/06	25 – cuaderno 2
Las Brisas	Celador	07/04/06 a	26 – cuaderno 2

			31/05/06		
Escuela Normal Superior Jardín	Celador		01/06/06 31/07/06	a	27 – cuaderno 2
Escuela Normal Superior Jardín	Celador		01/05/06 31/08/06	a	28 – cuaderno 2
Escuela Normal Superior Jardín	Celador		01/09/06 31/12/06	a	29 – cuaderno 2
Aquilino Bedoya	Celador		02/01/04 28/02/07	a	30 – cuaderno 2
Aquilino Bedoya	Celador		01/03/07 30/04/07	a	31 – cuaderno 2
Aquilino Bedoya	Celador		01/05/07 30/06/07	a	32 – cuaderno 2
Aquilino Bedoya	Celador		01/07/07 05/07/07	a	33 – cuaderno 2
Aquilino Bedoya	Celador		06/07/07 30/09/07	a	34 – cuaderno 2
Kennedy	Celador		01/10/07 31/10/07	a	35 – cuaderno 2
Jorge Eliecer Gaitán	Celador		01/11/07 30/11/07	a	36 – cuaderno 2
Jorge Eliecer Gaitán	Celador		01/12/07 31/12/07	a	37 – cuaderno 2
Jorge Eliecer Gaitán	Celador		02/01/08 31/01/08	a	38 – cuaderno 2

- A folios 39 a 42 del cuaderno No 2 se encuentran copias de otras órdenes de prestación de servicio, como celador en otras instituciones educativas.
- A folios 43 a 68 del cuaderno No 2 obra copia de los desprendibles de nómina, en los cuales se observa que el ente territorial, reconoció al demandante días festivos, dominicales, auxilio de transporte.

- En el correspondiente Cd<sup>8</sup> de la audiencia de pruebas, se escucha el testimonio del señor Ramiro Chica, que a continuación se transcribe.
  
- **PREGUNTADO:** Se le hace saber que el señor Fernando Elías Largo Taba, demandó al Municipio de Pereira con procura de que se declare la nulidad de un acto administrativo a través del cual se le negó el reconocimiento y pago de unas Prestaciones que está solicitando con ocasión de la relación contractual que sostuvo con el Municipio de Pereira aduciendo la condición de celador. Teniendo en cuenta lo que le acabo de precisar y que usted ha sido llamado para que declare lo que le corresponde en relación con esos hechos, le solicita el despacho que hago un relato detallado y claro acerca de lo que le conste al respecto. **CONTESTÓ:** Bueno, lo que puedo expresar es que el señor Taba no solamente trabajaba en la administración para ese entonces, sino que también fue compañero en el colegio donde yo estaba trabajando, compartió conmigo todo el proceso de vigilancia, portería y todo lo que demanda esta labor, ahí en el colegio Jorge Eliecer Gaitán, Él trabajó no solamente en este colegio, sino que trabajó en algunos otros, por su situación cambiaba mucho de colegio, y esa es básicamente lo que puedo expresar de él, cumplía todo porque era compañero directo mío. **PREGUNTADO:** Cuando usted dice que, para ese entonces, que usted igualmente trabajaba en un establecimiento educativo, trate de precisar la época en que usted lo conoció y que él trabajaba en la misma actividad que usted también desempeñaba. **CONTESTÓ:** Bueno, yo empecé a trabajar en el 2002, en ese transcurso pues, realmente, vi pasar muchos compañeros, no podría precisar exactamente la fecha, pero yo estuve del 2002 hasta el 2008 prácticamente en mismo colegio, en el cual fui uno de los únicos vigilantes que pase mucho tiempo ahí y me tocó ver muchos compañeros que pasaban, llegaban, se iban, los trasladaban, les cancelaban contrato, no podría decir exactamente, para no incumplir el tema de la exactitud, pero pienso que alrededor de 2005 algo así. **PREGUNTADO:** si le consta sírvase precisar que tareas o que funciones cumplía cumplían el señor Fernando Elías Largo. **CONTESTÓ:** Bueno, las funciones que se cumplían allí era, recibir el turno él tenía un turno específicamente de 2 a 10 de la noche que estaba dictaminado por el señor rector, cada uno de los vigilantes tenía un turno especial, yo cumplía el de la mañana- él en la tarde y otro compañero

---

<sup>8</sup> Folios 258 de este cuaderno

que hacía las jornadas nocturnas, éramos fijos en estos horarios, esto fue una decisión del señor Rector y era manejar el tema de la entrada y salida del personal especialmente de los estudiantes, personal administrativo y padres de familia autorizados.

En el correspondiente Cd<sup>9</sup> de la audiencia de pruebas, se escucha el testimonio del señor Edgar Arturo Paredes, que a continuación se transcribe.

**“PREGUNTADO:** El señor Fernando Elías Largo Taba demanda al Municipio de Pereira en procura de la nulidad de un acto administrativo que le negó el de unas prestaciones que el reclama por concepto de la relación contractual sostuvo con el Municipio de Pereira aduciendo la condición de celador. Razón por la cual se le pidió que usted acudiera esta audiencia en calidad de testigo, por lo mismo le solicita el despacho que haga un relato detallado y claro acerca de lo que le conste al respecto. **CONTESTÓ:** Bueno a Taba, como lo conocemos nosotros, yo lo conocí el día que él se presentó en el colegio, porque él estuvo donde yo trabajaba en la institución educativa Jorge Eliecer Gaitán, en este momento no puedo ser muy preciso en el año porque eso fue hace mucho tiempo eso fue aproximadamente antes del 2008, y él estuvo allá aproximadamente de ocho a nueve meses, fuimos compañeros de trabajo en la misma institución desempeñó las mismas funciones, nosotros allá trabajamos en turnos de ocho horas, estos eran fijos y estos turnos los decretaba el señor rector por intermedio de resolución, mi turno era de 10 a 6 y Taba trabajaba de 2 de la tarde a 10 de la noche, yo siempre le recibía a él. Allá pues, lo que me consta y pues como teníamos mismo jefe y hacíamos lo mismos, lo que me consta es que allá las órdenes directas del rector y no podíamos ausentarnos sin autorización expresa o de él, durante el tiempo del trabajo uno no se podía mover de allá, sino le pasaba una carta al rector solicitándole una autorización para hacer un cambio de turno, no podíamos delegar a nadie, solo podíamos cambiar de turno entre nosotros.

4.- Del anterior contexto normativo y probatorio, dentro del sub judice se logró demostrar, la existencia de los elementos de la relación laboral como son, **la prestación personal del servicio**, como quiera que el actor fue contratado directamente por el municipio de Pereira para que realizara las actividades de vigilancia y celaduría, es decir dicha actividad fue ejecutada por él y no por otra persona, la **remuneración por el trabajo cumplido**, toda vez, que en dichas órdenes de prestación de servicios se estipuló un «*valor*», lo que se entiende como la remuneración pactada por el servicio o el trabajo prestado, independientemente de su denominación (honorarios o salario), el cual le era pagado de manera

---

<sup>9</sup> Folios 258 de este cuaderno

mensual, según la suma acordada en cada contrato.

En cuanto al requisito de **subordinación**, como último elemento de la relación laboral, se puede deducir de los contratos u órdenes de servicios, que el demandante fue vinculado a los institutos educativos previamente relacionados en líneas anteriores, para ejercer labores de celaduría, y se le encargó además de estas la de «[...] *vigilancia de los bienes muebles e inmuebles del establecimiento educativo designado*», lo que incluía el deber de «[...] *apoyar el control en el acceso y salida del establecimiento educativo del personal de educandos, docentes, personal administrativo y en general, la comunidad educativa*».

Lo anterior permite colegir que las actividades desarrolladas por el actor revisten las características propias de un empleo de carácter permanente, pues se desempeñó por 4 años como celador de las distintas instituciones educativas, que el municipio de Pereira le asignaba, sin que lograra ser autónomo e independiente, como lo manifestó el ente territorial demandado, pues como se observa en los contratos, éste debía controlar el ingreso y salida de personas y muebles de la entidad, como otras funciones, lo señalado indica entonces, que el señor FERNANDO ELÍAS LARGO recibía órdenes de un superior, cumplía dicha actividad a través de horarios y turnos en las instituciones, es decir no se trató de una relación de coordinación contractual, sino de una en la que imperó la subordinación, desdibujándose de esta manera las características propias de un contrato u orden de prestación de servicio. Ahora, bien, la Sala advierte que, si bien se encuentran probados los elementos constitutivos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, también lo es, que ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, como quiera que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el artículo 122 superior<sup>10</sup>.

## **5.- Prescripción aplicada a contrato realidad**

---

<sup>10</sup> «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas. Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público [...]».



De otra parte, en cuanto a la prescripción aplicada a los asuntos de contrato realidad la Sala pone de presente lo señalado en la la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016<sup>11</sup>, al respecto indicó:

«[...] i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, **deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.**

ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de *in dubio pro operario*, no regresividad y progresividad.

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2-05 del 25 de agosto de 2016. Consejero Ponente Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015).

de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión *extra petita*, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador. [...]» (Subrayado fuera del texto original)

**6.-** De acuerdo a lo anterior, la Sala advierte que la última vinculación del señor FERNANDO ELÍAS LARGO como celador - vigilante al servicio del municipio de Pereira, se dio en virtud del contrato 1019 de marzo de 2008<sup>12</sup>, cuya duración se pactó por nueve meses, es decir hasta el **29 de diciembre de 2008**, y formuló la respectiva solicitud de pago de las prestaciones emanadas del vínculo de carácter laboral el **3 de abril de 2013**<sup>13</sup>, lo que significa que los emolumentos que reclama fueron pedidos por fuera de los tres años.

No obstante lo anterior, y dado que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles, tal como se explicó en la sentencia de unificación de la sección segunda de 25 de agosto de 2016, el ente territorial deberá tomar durante el tiempo comprendido entre el 3 de febrero de 2004 al 29 de diciembre de 2008, salvo sus interrupciones, el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

---

<sup>12</sup>Folios 41 y 42 del Cuaderno No 2.

<sup>13</sup> Folio 4 del Cuaderno No 2

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

En conclusión, al señor FERNANDO ELÍAS LARGO le prescribieron las prestaciones sociales a que tendría derecho, causadas con entre el 3 de febrero y el 29 de diciembre de 2008. No obstante, el demandante tiene derecho a que el municipio de Pereira realice las cotizaciones a pensión, por tratarse de una prestación imprescriptible en los términos señalados precedentemente.

7.- De acuerdo con lo anterior, esta Subsección revocará el numeral segundo de la providencia y en su lugar declarará de manera oficiosa la prescripción, y en todo lo demás de confrimará.

Declarar probada de manera oficiosa la excepción de prescripción extintiva de los derechos laborales y prestaciones sociales derivadas de los contratos u órdenes de prestación de servicios suscritos entre el señor FERNANDO ELÍAS LARGO y el municipio de Pereira, causadas durante los periodos contractuales comprendidos entre el 3 de febrero de 2004 al 29 de diciembre de 2008, excepto en lo relacionado con los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones.

«. Frente a los aportes a seguridad social en salud, se condena al municipio de Pereira a tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional del demandante, entre el 3 de abril de 2004 y el 29 de diciembre de 2008; mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar

al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En ese sentido, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema de seguridad social en pensiones durante el tiempo que duraron los vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.»

En lo demás, se confirmará la sentencia apelada por las razones expuestas en esta providencia.

#### **8.- De la condena en costas**

No hay lugar a condenar en costas a la parte vencida, en la medida en que conforme al artículo 365 (numeral 8) del Código General del Proceso (CGP)<sup>14</sup>, «Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación», situación que no se observa en el *sub lite*.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **FALLA**

**PRIMERO: REVOCAR: el numeral segundo de** la sentencia de 16 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, y en su lugar, **DECLARÉSE** probada de manera oficiosa la excepción de prescripción extintiva de los derechos laborales y prestaciones sociales derivadas de los contratos u órdenes de prestación de servicios suscritos entre el señor FERNANDO ELÍAS LARGO y el municipio de Pereira, causadas durante los periodos contractuales comprendidos entre el 3 de febrero de 2004 al 29 de diciembre de 2008, excepto en lo relacionado con los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones.

---

<sup>14</sup> Se aclara que dicha norma entró en vigor el 1º de enero de 2014 y en su artículo 626 (letra c) derogó el CPC.

**SEGUNDO:** Se confirma la sentencia en todo lo demás de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen previas las anotaciones pertinentes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

**Notifíquese y cúmplase.**

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

**RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS**