

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / PRESTACIONES SOCIALES - No reconocimiento / PRESUNCIÓN IURIS TAMTUM / CARGA DE LA PRUEBA / CONTRATO REALIDAD

La presunción contenida en el artículo transcrito al no tener el carácter de ser iuris et de iure, es decir, de pleno derecho, puede ser controvertida y desvirtuada, de tal manera que, en asuntos como el presente, quien pretenda la declaratoria de existencia de una relación laboral que subyace de la ejecución de contratos de prestación de servicio, con base en el principio consagrado en el artículo 53 de la Carta Superior de la primacía de la realidad sobre las formas, tiene el deber de acreditar los elementos configurativos de la relación laboral en especial, la subordinación a fin de poder quebrantar la presunción que sobre esta modalidad de contrato estatal recae.

LABOR DE VIGILANCIA - Subordinación

En tratándose de la labor de vigilancia, es pertinente indicar que esta Corporación ha considerado que «la función de celaduría no posee ningún nivel de autonomía e independencia que caracteriza el contrato de prestación de servicios, por el contrario, en esta clase de actividades el elemento asociado a la subordinación salta a la vista, pues el vigilante no puede decidir en qué lugares presta el servicio ni tampoco en que horarios, mucho menos se encuentra facultado para ausentarse del lugar de trabajo sin permiso.» Frente al restablecimiento del derecho, según los términos de la referida sentencia de unificación, está definido por el reconocimiento de «las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales».

Así mismo, debe tenerse en cuenta que las prestaciones sociales que dejó de percibir el contratista y que habrán de reconocerse en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, serán aquellas consagradas en la ley. **NOTA DE RELATORIA:** Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Segunda, sentencia de 24 de octubre de 2012, Rad. 2411

CONTRATO REALIDAD / SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Sea lo primero en indicar que, mediante la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 –radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01-, la Sección Segunda de esta colegiatura, unificó el criterio en el sentido de precisar que los reconocimientos o pagos que surgen de la declaratoria de la relación laboral, en los casos de primacía de la realidad sobre las formalidades, se conceden a título de restablecimiento del derecho.

PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO REALIDAD - Término

Los derechos salariales y prestacionales consagrados a favor del empleado prescriben en tres años, contados desde la fecha en que se hacen exigibles. Igualmente, el simple reclamo escrito del empleado ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual. Sobre el particular, en reciente pronunciamiento esta Sala ha considerado que los interesados tienen la obligación de hacer el reclamo ante la administración dentro de un plazo razonable, que no puede exceder el de la prescripción de los derechos prestacionales y salariales que reclama. «En otras palabras, debe decirse que una vez finalizada la relación contractual inicialmente pactada, el interesado debe reclamar ante la administración la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de tres (3) años, so pena de que prescriban los derechos salariales y prestacionales derivados de la

referida relación laboral.» NOTA DE RELATORIA: Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 20 de Noviembre de 2014, RAD. 2014-01819, M.P., Sandra Lisset Ibarra Vélez.

VIGILANCIA EN ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO - Subordinación

Y es que en tratándose de centros o establecimientos educativos, tiene un mayor compromiso respecto del cuidado y seguridad del personal estudiantil, especialmente, cuando estos se encuentran dentro de sus instalaciones, de allí que, los daños causados a los discentes le son imputables al centro estudiantil, en tanto es garante de la vida e integridad de los alumnos a su cargo, pudiéndose configurar una falla del servicio por omisión en el deber de custodia y atendiendo la posición de garante que ostentan estos establecimientos respecto de los estudiantes; por ello, la labor de vigilancia se entiende consustancial a la función educativa que prestan los colegios, habida cuenta de su importancia para garantizar el servicio en óptimas condiciones y cumplir con su posición de garante frente a los escolares. Lo anterior permite inferir que para cumplir con las labores de vigilancia, la persona contratada debe atender y obedecer las órdenes del contratante, en la medida que es a éste último a quien le corresponde establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que debe prestarse el servicio, es decir, que el elemento de la subordinación es indispensable para que se pueda desarrollar el objeto contractual pactado en este tipo de asuntos.

PRESCRIPCIÓN EN EL CONTRATO REALIDAD - Vinculación discontinua

Advierte la Sala que el a quo no examinó el fenómeno de la prescripción, muy a pesar que en el presente asunto, el actor suscribió con la entidad accionada el contrato No 91 de 2009 el cual finalizó el día 30 de diciembre de ese mismo año. Con posterioridad a dicho contrato, las partes celebraron el contrato 225 de 2010, es decir, después de haber transcurrido más 11 meses de haber finalizado su último contrato en la vigencia 2009, por lo que, el demandante debió elevar la respectiva reclamación tendiente a obtener el reconocimiento de la relación laboral, dentro de los tres años siguientes al 30 de diciembre de 2009, es decir, que contaba hasta el 30 de diciembre de 2012 para tal propósito. No obstante, la solicitud solo fue elevada en fecha 26 de agosto de 2013, después de finalizado el contrato 460 de 2013, siendo que con antelación a la celebración del contrato de prestación de servicios 225 de 2010, se había producido una verdadera ruptura en la relación contractual producida con corte a 30 de diciembre de 2009, de tal manera que, para la época en que el demandante radicó la reclamación administrativa, había transcurrido el término de los 3 años con que contaba para exigir el reconocimiento de la relación laboral y el consecuente pago de las sumas equivalentes a las prestaciones sociales pretendidas, razón por la cual, considera la Sala necesario modificar el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia, en tanto que el reconocimiento y pago correspondiente a las prestaciones sociales se deberá hacer solo respecto de los periodos contractuales comprendidos del 20 de diciembre de 2010 al 29 de febrero de 2012, declarándose prescritos los periodos causados con anterioridad al 20 de diciembre de 2010.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00468-01(2093-15)

Actor: JORGE ELIECER GARCÍA MANZO

Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA

Ordinario: Nulidad y restablecimiento del derecho

Trámite: Ley 1437 de 2011

Asunto: Contrato realidad – demandante acredita la subordinación en los contratos de prestación de servicios de vigilancia celebrados con el municipio de Pereira.

Decisión: Confirma parcialmente sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

Apelación de sentencia.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 28 de octubre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo Risaralda que accedió a las pretensiones de la demanda, en tanto declaró la existencia de la relación laboral entre el demandante y el municipio de Pereira durante los periodos comprendidos del 4 de marzo de 2008 al 30 de diciembre de 2009, del 1 de julio de 2011 al 30 de julio de 2012, del 14 de enero al 13 de junio de 2013 y del 15 de julio al 15 de agosto de 2013. Así mismo, ordenó pagar al actor los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que debió trasladar a los fondos respectivos y por lo periodos antes referidos. Por último, negó las demás pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento derecho, el señor Jorge Eliecer García Manzo, solicitó que se declar:

- La nulidad del acto administrativo contenido en el oficio 25482 del 2 de septiembre de 2013, expedido por la Secretaria de Educación del municipio de Pereira, mediante el cual, se negó el reconocimiento y pago de salarios y las prestaciones sociales con su debida indexación.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se:

- Declare que entre el actor en calidad de empleado público y el municipio de Pereira – secretaria de educación municipal, se presentó una relación laboral por el periodo comprendido entre el 4 de marzo de 2008 y al 13 de junio de 2013.
- Como Consecuencia de lo anterior, se reconozca y pague al actor: i) las horas extras diurnas y nocturnas que superen la jornada máxima de trabajo; ii) cesantías e intereses a las cesantías; iii) prima de navidad; iv) vacaciones y prima de vacaciones; vi) prima de servicios; vii) devolver al actor lo que pagó al sistema de seguridad social que le corresponde asumir a la entidad accionada.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS:

El actor afirmó que prestó sus servicios personales como vigilante en diferentes instituciones educativas del municipio de Pereira, bajo la continuada dependencia y subordinación de la Secretaría de Educación municipal de Pereira.

Alegó haber desarrollado funciones inherentes a la de un vigilante, cumpliendo turnos de celaduría, custodiar y cuidar las zonas de las diferentes institucionales, 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, entre otras.

Sostuvo que los servicios fueron ejecutados entre el 4 de marzo de 2008 y el 15 de agosto de 2013, sin que existiera solución de continuidad. Adujo haber prestado sus servicios a través de la Cooperativa de trabajo asociado Servitemporales S.A. durante los periodos comprendido del 01 de enero de 2010 hasta el 30 de junio de 2011.

Alega habersele prohibido dejar reemplazos en los establecimientos educativos, en la medida que tenía turnos de 12 horas diarias en jornadas de trabajo alternadas, incluidos dominicales y festivos, encubriéndose una verdadera relación laboral a través de los contratos de prestación de servicios, con el único fin de evadir los derechos prestacionales que le correspondían.

Aseveró que el municipio de Pereira durante el tiempo servido a través de los contratos de prestación de servicios, no realizó los pagos correspondientes a las prestaciones sociales tales como cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, primas de vacaciones y navidad, así como tampoco los correspondientes a seguridad social y pagos de horas extras diurnas y nocturnas.

NORMAS VULNERADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Afirmó que fueron vulnerados: los artículos 1, 2, 4, 25, 48, 53 y 209 de la Constitución Política; el artículo 8, 9, 10 y 11 del Decreto- ley 3135 de 1968; el artículo 51 del Decreto 1848 de 1969; artículos 32 y 33 del Decreto 1045 de 1978; el Decreto 451 de 1984; el artículo 17 de la Ley 6 de 1945; artículo 1 de la Ley 65 de 1946; los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990; artículos 58 y 59 del Decreto 1042 de 1978; artículo 2 de la Ley 100 de 1993; artículo 12 de la Ley 780 de 2002 y los artículos 67 al 70 del Código Sustantivo del Trabajo.

En el concepto de la violación, debe precisarse que la parte demandante no formuló cargos de nulidad concretos contra el acto acusado, sino que de manera genérica y sin descender al caso particular, analiza el marco de protección que genera el modelo de estado social de derecho que definió la constitución de 1991.

Así mismo, señaló que la actividad de la administración tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo es, el bienestar general de la comunidad que se logra con la aplicación de los principios constitucionales consagrados en el artículo 209 de la Carta Superior.

De igual forma, sostuvo que la vinculación de trabajadores por intermedio de organismos cooperativos para encubrir una verdadera relación laboral constituye una violación flagrante a las disposiciones ya referenciadas, como quiera que bajo el principio de la realidad sobre las formalidades resulta posible descubrir la verdadera relación laboral que subyace del vínculo cooperativo suscrito entre el actor y la entidad cooperativa.

Por último, alega que en el presente caso se encuentran acreditados los tres elementos tipificantes de la relación laboral, el cual estuvo revestido de unos contratos celebrados con cooperativas de trabajo asociado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado del municipio de Pereira describió el traslado de la demand y negó que hubiera existido una relación laboral con el accionante, pues, lo que existe son simples afirmaciones que no prueban el elemento de la subordinación, por lo tanto, el demandante prestó sus servicios en condiciones dignas, recibiendo honorarios que superan ostensiblemente lo devengado por el personal de planta que cumplían las funciones de vigilantes, sin que ello signifique que hacia idénticas funciones.

Adujo que los contactos de prestación de servicios celebrados entre el municipio de Pereira y el señor Jorge García Manzo tuvieron su sustento en el inciso 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Risaralda, a través de sentencia del 28 de octubre de 2011, accedió a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos: i) declaró la existencia de la relación laboral entre el demandante y el municipio de Pereira durante los periodos comprendidos del 4 de marzo de 2008 al 30 de diciembre de 2009, del 1 de julio de 2011 al 30 de julio de 2012, del 14 de enero al 13 de junio de 2013 y del 15 de julio al 15 de agosto de 2013.

Así mismo, ordenó pagar al actor los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que debió trasladar la accionada a los fondos respectivos y por lo periodos antes referidos. Por último, negó las demás pretensiones de la demanda.

Las razones de la decisión del a quo pueden resumirse así:

De acuerdo a los medios de pruebas aportados al proceso, se encuentra debidamente acreditado que el señor Jorge Eliecer Gracia Manzo se desempeñó como vigilante en establecimientos educativos del municipio de Pereira, cumpliendo continuamente con las labores de vigilancia durante los periodos comprendidos entre el 4 de marzo de 2008 al 30 de diciembre de 2009, del 1 de julio de 2011 al 30 de julio de 2012, del 14 de enero al 13 de junio de 2013 y del 15 de julio al 15 de agosto de esa misma anualidad.

Así mismo, señaló que el tiempo transcurrido entre el 1 de enero al 11 de diciembre de 2010 y del 1 de enero al 30 de junio de 2011, el actor prestó sus servicios como trabajador en misión a través de la empresa Servitemporales S.A. interregno que no se tendrá en cuenta para el reconocimiento prestacional pretendido por el demandante.

De igual forma, consideró el a quo que teniendo en cuenta la labor de vigilancia desarrollada por el accionante, se deduce la falta de libertad para llevar a cabo la misma, la permanencia en la ejecución de dicha labor por cuanto que, la seguridad de las instituciones debe ser continuo a fin de proteger las personas que ocupan dichos establecimientos y los bienes muebles de tal institución educativa.

EL RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

El ente territorial demandado interpuso recurso de apelación en contra del proveído antedicho, para lo cual, formuló las siguientes inconformidades:

Con relación a la parte formal de la sentencia, alegó que en la parte resolutoria de la misma se omitió pronunciamiento acerca de la excepción formulada por la defensa del ente accionado, así

como también, declarar la existencia de la relación laboral pretendida por el accionante, muy a pesar que en las consideraciones del fallo, el a quo se refirió sobre ambos aspectos.

En lo atinente al fondo de lo decidido por el a quo, alegó que es improcedente condenar al municipio de Pereira al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a título de restablecimiento del derecho y no a manera de reparación del daño, por cuanto que, solo con la promulgación del fallo se entran a reconocer los derechos reclamados por el contratista, derecho que antes de la demanda y la consecuente sentencia no se encontraban constituidos en cabeza del reclamante, razón por la que, la condena a título de restablecimiento del derecho resulta contradictoria.

De otra parte, cuestionó que en el reconocimiento de las prestaciones sociales se haya incluido el periodo comprendido del 1 julio de 2011 al 30 de julio de 2012, por cuanto que, no existe prueba documental que acredite la existencia del contrato No 745, cuyos extremos contractuales oscilaron entre el 1 de marzo de 2012 al 30 de junio de ese mismo año, máxime, cuando la parte actora en el escrito de subsanación a la demanda solicitó no tener como prueba la copia del aludido contrato.

De la misma manera, arguyó la parte accionada que la sentencia reconoce como último periodo contractual el generado entre el 13 de junio de 2013 y el 15 de agosto de esa misma anualidad, siendo que la demanda contempló como extremo final de la relación contractual el 13 de junio de 2013, de tal manera que, la sentencia reconoce periodos adicionales a los solicitados en la demanda y acreditados en el proceso.

Por último, manifestó que para la fecha en que el actor elevó la reclamación administrativa tendiente al reconocimiento prestacional – 26 de agosto de 2013-, ya había operado el fenómeno de la prescripción para el reconocimiento de los derechos laborales correspondientes a los años 2008 y 2009.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

El demandante no hizo uso de esta oportunidad procesal. Por su parte, la entidad accionada presentó en términos su escrito de alegaciones finales reiterando la inconformidad planteadas en el memorial de alzada.

EL CONCEPTO DE MINISTERIO PÚBLICO.

El ministerio público no emitió concepto en el presente asunto.

II. CONSIDERACIONES.-

Visto el trámite del proceso y por cuanto no se observa ninguna causal de nulidad de la actuación que hasta ahora se ha surtido, procede esta Sala a proferir la decisión que en derecho corresponde.

7. PROBLEMA JURÍDICO.-

De acuerdo a las inconformidades planteadas en la apelación de la parte demandada, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

Determinar si la labor de vigilancia y conserjería ejercida por el actor a través de los contratos de prestación de servicios celebrados con el municipio de Pereira, implicó el ejercicio de una

actividad subordinada que desnaturalizó la presunción de inexistencia de relación laboral estatuida en el inciso 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

De igual forma, deberá establecerse si con ocasión del reconocimiento de la existencia de la relación laboral con aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Carta Superior, las prestaciones sociales a ser reconocidas proceden a título de restablecimiento del derecho o como indemnización reparatoria del daño.

Fijar si en el presente asunto operó el fenómeno extintivo de la prescripción para el reconocimiento de los derechos laborales correspondientes a los años 2008 y 2009.

Para dar solución a los problemas jurídicos planteados, se abordaran los siguientes aspectos: (i) presunción del inciso 3 del artículo 32 de la Ley 80 y la necesidad de desvirtuarla a fin de probar la subordinación en el ejercicio de las labores de vigilante.

(ii) parámetro para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a quien demuestra la existencia de la relación laboral; (iii) la prescripción de derechos consagrada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 en los casos en que se declara la existencia de una relación por aplicación del principio de la primacía de realidad sobre las formalidades; y (iv) el caso en concreto.

Las fuentes que se tendrán en cuenta para la resolución del presente caso, son:

Constitución Política: artículo 53 de la Constitución Nacional.

Legales: Ley 80/1993 Art. 32, núm. 3º. Contratos estatales de prestación de servicios.

Decreto 3135/1968 Art. 41: la prescripción de derechos; Decreto 1848/1969: Por el cual se Reglamenta el Decreto 3135 de 1968, así como también, la jurisprudencia pacífica que esta corporación a trazado acerca de la labor subordinada que implica la ejecución de los servicios de vigilancia

.

Presunción del inciso 3 del artículo 32 de la Ley 80 y la necesidad de desvirtuarla a fin de probar la subordinación en el ejercicio de las labores de vigilante.

Dentro del listado de contratos tipificados por la Ley 80 de 1993, se encuentra el consagrado en el artículo 32 denominado de prestación de servicio, cuya norma reza de la siguiente manera:

«3o. Contrato de prestación de servicios.

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 conocimiento especializado.

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

Dicha normatividad contempló una presunción iuris tantum, al establecer que en ningún caso estos contratos- entiéndase contratos de prestación de servicios- generan relación laboral ni reconocimiento de prestaciones sociales.

Las presunciones generan una de dos situaciones: quien alega la presunción para fundar su derecho desplaza la carga de la prueba en cabeza de su adversario o bien que quien alega la presunción le niegue a su adversario por entero la facultad de acudir a prueba alguna que demuestre la no existencia del hecho decisivo.

De esta suerte, las presunciones relevan de la carga probatoria a los sujetos a favor de quienes operan. Una vez demostrado aquello sobre lo cual se apoyan, ya no es preciso mostrar valiéndose de otros medios de prueba lo presumido por la ley. En ese orden, el artículo 166 del Código General del Proceso aplicable por remisión del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, regula las presunciones establecidas por ley señalando que “... el hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.”

Así las cosas, la presunción contenida en el artículo transcrito al no tener el carácter de ser **iuris et de iure**, es decir, de pleno derecho, puede ser controvertida y desvirtuada, de tal manera que, en asuntos como el presente, quien pretenda la declaratoria de existencia de una relación laboral que subyace de la ejecución de contratos de prestación de servicio, con base en el principio consagrado en el artículo 53 de la Carta Superior de la primacía de la realidad sobre las formas, tiene el deber de acreditar los elementos configurativos de la relación laboral en especial, la subordinación a fin de poder quebrantar la presunción que sobre esta modalidad de contrato estatal recae.

No obstante lo anterior, en tratándose de la labor de vigilancia, es pertinente indicar que esta Corporación ha considerado que «la función de celaduría no posee ningún nivel de autonomía e independencia que caracteriza el contrato de prestación de servicios, por el contrario, en esta clase de actividades el elemento asociado a la subordinación salta a la vista, pues el vigilante no puede decidir en qué lugares presta el servicio ni tampoco en que horarios, mucho menos se encuentra facultado para ausentarse del lugar de trabajo sin permiso.

En igual sentido esta subsección determinó en un caso de similar naturaleza que la subordinación y la dependencia se encuentran ínsitas en la labor que desarrollan los vigilantes o celadores, es decir, son consustanciales al servicio de cada entidad. Además, «si una persona presta servicios como vigilante - celador 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.

Parámetro para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a quien demuestra la existencia de la relación laboral.-

Sea lo primero en indicar que, mediante la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 –radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01-, la Sección Segunda de esta colegiatura, unificó el criterio en el sentido de precisar que los reconocimientos o pagos que surgen de la declaratoria de la relación laboral, en los casos de primacía de la realidad sobre las formalidades, se conceden a título de restablecimiento del derecho.

En ese sentido, la citada providencia señaló lo siguiente:

«(...) Frente al anterior panorama jurisprudencial, resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso-administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal, para lo cual ha de advertirse que el restablecimiento del derecho es una

consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial, es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad.

Por consiguiente, no resulta procedente condenar a la agencia estatal demandada al pago de las prestaciones a las que tenía derecho el contratista-trabajador a título de reparación integral de perjuicios, dado que estas se reconocen como efecto de la anulación del acto que las negó, pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, esto es, a pesar de tener una remuneración constituida por los honorarios pactados, le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo...»

Ahora bien, esta modalidad de condena no implica que el demandante tenga derecho al reintegro o adquiera la condición de funcionario público, pues el acceso al empleo público está condicionado al cumplimiento de unos requisitos constitucionales y legales, tales como: la existencia del cargo en la planta de personal, el nombramiento, la posesión, entre otros. La mera circunstancia de trabajar para el Estado no confiere la condición de empleado público.

Frente al restablecimiento del derecho, según los términos de la referida sentencia de unificación, está definido por el reconocimiento de «las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales».

Así mismo, debe tenerse en cuenta que las prestaciones sociales que dejó de percibir el contratista y que habrán de reconocerse en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, serán aquellas consagradas en la ley.

Prescripción de derechos en los casos en que se declara la existencia de una relación laboral por aplicación del principio de la primacía de realidad sobre las formalidades.-

La prescripción extintiva tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual está fijado en la ley, es decir, que para reclamar los derechos que se consideran adquiridos se debe respetar el lapso establecido para el efecto, so pena de perderlos.

Esta materia está regulada por el artículo 41 del Decreto Ley 3135 de 196, que dispone lo siguiente:

«Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción pero sólo por un lapso igual.»

Así mismo, el artículo 102 del Decreto 1848 de 196, con relación a la prescripción de las acciones, consagra que:

«1°. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este

Decreto, prescriben en tres [3] años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2°. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.»

Conforme a la anterior normativa, los derechos salariales y prestacionales consagrados a favor del empleado prescriben en tres años, contados desde la fecha en que se hacen exigibles. Igualmente, el simple reclamo escrito del empleado ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

Sobre el particular, en reciente pronunciamiento esta Sala ha considerado que los interesados tienen la obligación de hacer el reclamo ante la administración dentro de un plazo razonable, que no puede exceder el de la prescripción de los derechos prestacionales y salariales que reclaman. «En otras palabras, debe decirse que una vez finalizada la relación contractual inicialmente pactada, el interesado debe reclamar ante la administración la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de tres (3) años, so pena de que prescriban los derechos salariales y prestacionales derivados de la referida relación laboral.

CASO CONCRETO

A fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala se detiene en analizar la prueba documental allegada al proceso entre las cuales, obran los contratos de prestación de servicios suscritos entre el municipio de Pereira y el demandante y que a continuación se relacionan:

No de contrato	Fecha de inicio	Fecha finalización	Duración total del contrato	Objeto del contrato	Folio
983	04/03/2008	29/12/2008	9 meses y 26 días	Prestar los servicios de portería en el establecimiento educativo el Dorado del municipio de Pereira.	41-42
91	01/01/2009	30/12/2009	12 meses	Prestar los servicios de portería en el establecimiento educativo Rafael Uribe Uribe	43-44
225	20/12/2010	31/12/2010	Prestar los servicios de conserjería en el establecimiento educativo Rafael Uribe Uribe		
86 y adicional	01/07/2011	31/12/2011	5 meses	Prestar los servicios de conserjería en el establecimiento educativo Rafael Uribe Uribe	45-46
85	02/01/2012	29/02/2012	1 mes y 27 días	Prestar los servicios de conserjería en el establecimiento educativo Rafael Uribe Uribe	49-50

460	14/01/2013	13/06/2013	5 meses	Realizar actividades de apoyo operativo y asistencial en uno de los establecimientos educativos oficiales del municipio de Pereira	51-53
-----	------------	------------	---------	--	-------

De los contratos relacionados en precedencia, observa la Sala que los 2 primeros, es decir, el contrato No 983 de 2008 y 91 de 2009 tuvieron como objeto contractual la prestación de los servicios de portería mientras que los contratos No 225 de 2010, 86 de 2011 y 85 de 2012, su objeto contractual consistió en la prestación de servicios de conserjería en los establecimientos educativos Rafael Uribe Uribe.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta pertinente examinar si las actividades contractualmente pactadas en uno y otro obedecen esencialmente a las labores de vigilancia. En ese sentido, se tiene que en los contratos 983 y 91 se fijaron las siguientes actividades: « 1. cumplir con los turnos de portería que le sean asignados; 2. Custodiar y cuidar el área o zona de la institución que se le haya designado; 3. Controlar la entrada y salida d personas, vehículos y objetos del plantel educativo; 4. Velar por el buen estado y conservación de los mecanismos de seguridad; 5. Velar por el mantenimiento conservación y seguridad de los bienes del establecimiento educativo en las zonas de vigilancia hayan asignado. 6. Colaborar en la prevención y control de situaciones de emergencia. y 7. Consignar en los registros de control las anomalías detectadas durante los turnos.»

Por su parte, las actividades pactadas en los contratos 86 de 2011 y 85 de 2012, cuyo objeto fue la prestación de los servicios de conserje, fueron las siguientes: «1. Velar y coordinar el acceso del personal autorizado que ingrese al plantel educativo, garantizando la tranquilidad del servicios educativo, el orden y la tranquilidad de la comunidad educativa que le habita. 2. Velar por la puntual apertura y cierre de los portales y accesos; 3. Asitir por el buen cuidado de los cuartos contadores y motores y de las entradas de energía eléctrica, así como de la conducción de agua, bajantes y sumideros receptores de agua fluviales; 4. Recepción de alarmas producidas durante el servicio y colaborar en la prevención y control de situaciones de emergencia; 5. Contribuir con el uso adecuado, mantenimiento y buen cuidado del material, muebles y enseres confiados a su manejo. 6. Cumplir con los turnos que se le asignen. 7. Asistir por el buen cuidado y conservación de los mecanismos de seguridad e informar las anomalías detectadas»

De conformidad con las actividades pactadas en los contratos antes mencionados, observa la Sala que existe gran similitud entre unos y otros, en la medida que el desarrollo de labor ejecutada se circunscribió al cuidado y custodia de las personas y bienes del establecimiento educativo donde se llevó a cabo el mismo.

Así mismo, la Real Academia Española define la palabra Conserje como «Persona que tiene a su cuidado la custodia, limpieza y llaves de un edificio o establecimiento público», de tal manera que el nombre común de conserje es sinomino de vigilante, portero, depositario, protector, cuidador entre otros, por ello, las actividades contractualmente pactada en los contratos cuyo objeto era la de prestar los servicios de portería respecto de los de conserje, son prácticamente idénticas, es decir, se ciñen a labores de vigilancia, celaduría etc.

Lo anterior es importante que quedara claro, por cuanto que, ésta Corporación ha considerado que cuando una persona presta servicios como vigilantes - celador resulta inadmisibile 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.

En ese sentido, la prestación de los servicios de vigilancia implica el ejercicio de una actividad permanente, como quiera que, es deber las entidades o establecimientos públicos y con mayor razón, si son del sector educativos, garantizar la seguridad de las personas que concurren a las mismas, así como también, de los bienes muebles y enseres que sean de propiedad del ente respectivo y con los cuales, facilita la prestación de los servicios para los cuales fueron creados.

Y es que en tratándose de centros o establecimientos educativos, tiene un mayor compromiso respecto del cuidado y seguridad del personal estudiantil, especialmente, cuando estos se encuentran dentro de sus instalaciones, de allí que, los daños causados a los discentes le son imputables al centro estudiantil, en tanto es garante de la vida e integridad de los alumnos a su cargo, pudiéndose configurar una falla del servicio por omisión en el deber de custodia y atendiendo la posición de garante que ostentan estos establecimientos respecto de los estudiante; por ello, la labor de vigilancia se entiende consustancial a la función educativa que prestan los colegios, habida cuenta de su importancia para garantizar el servicio en óptimas condiciones y cumplir con su posición de garante frente a los escolares.

Lo anterior permite inferir que para cumplir con las labores de vigilancia, la persona contratada debe atender y obedecer las órdenes del contratante, en la medida que es a éste último a quien le corresponde establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que debe prestarse el servicio, es decir, que el elemento de la subordinación es indispensable para que se pueda desarrollar el objeto contractual pactado en este tipo de asuntos.

Así las cosas, se tiene que el señor Jorge Eliecer García Manzo prestó sus servicios de vigilancia o conserjería para los establecimientos educativos El Dorado y Rafael Uribe Uribe, los cuales se dieron en virtud de los contratos de prestación de servicios 983 de 2008, 91 de 2009, 86 de 2011 y 85 de 2012, suscritos entre el actor y el municipio de Pereira, de tal suerte que, es claro para la Sala que, el desarrollo de las actividades de vigilancia ejercidas por el demandante estuvieron sometidas al direccionamiento y órdenes impartidas por el contratante, todo ello a fin dar cabal cumplimiento al objeto contractual, como quiera que fue el municipio de Pereira quien definió los lugares o establecimientos educativos donde el contratista prestaría sus servicios, los turnos en los cuales llevaría a cabo el mismo y sobre que recaería la labor de vigilancia para el cual, fue contratado, lo que conlleva ineludiblemente, a declarar la existencia de la relación laboral y el consecuente reconocimiento y pago de la prestaciones sociales.

Ahora bien, respecto del reconocimiento de las prestaciones sociales a título de restablecimiento del derecho y no como indemnización reparatoria, la sentencia de unificación de fecha 26 de agosto de 2016, zanjó la discrepancia que existía sobre el particular, fijando para el efecto que, el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, por consiguiente, la manera como el a quo determinó la condena en favor del actor se ajustó a la posición jurisprudencial antes señalada.

No obstante lo anterior, observa la Sala que para el reconocimiento de las prestaciones sociales en favor del actor, el Tribunal Administrativo de Risaralda tuvo como extremo final para la liquidación de las mismas el 15 de agosto de 2013, siendo que la realidad probatoria arroja que el último contrato de prestación de servicios ejecutado por el accionante y aportado al proceso fue el No 460 de 2013, el cual, tuvo como objeto contractual la realización de actividades de apoyo operativo y asistencial en uno de los establecimientos educativos del municipio de Pereira,

cuyo plazo o término comprendió del 14 de enero de 2013 hasta el 13 de junio de esa misma anualidad.

Partiendo de lo anterior, observa la Sala que en lo atinente al objeto contractual pactado, existe una marcada diferencia entre el contrato No 460 de 2013 y todos los anteriores suscritos por las partes, toda vez que, respecto de los primeros el objeto se ciñó a la prestación de servicios de conserje y vigilancia, mientras que en este último, el objeto se circunscribió a la realización de actividades de apoyo operativo y asistencial en uno de los establecimientos educativos, cuyas actividades se relacionaron con la organización de los espacios locativos de tal manera que no conllevó al ejercicio de labores de custodia, cuidado y seguridad propio del rol de vigilancia.

Así las cosas, no resulta posible extender a dicho objeto contractual la subordinación que se predica de las labores de vigilancia, por lo tanto, era deber de la parte actora acreditar respecto de la realización de actividades de apoyo operativo y asistencial, que las mismas fueron ejecutadas bajo el componente de subordinación, presupuesto que no fue acreditado en el procesos respecto del contrato 460 de 2013, en consecuencias, no procede la declaratoria de la relación laboral y el consecuente reconocimiento de las prestaciones sociales respecto del periodo correspondiente a dicho contrato.

Aunado a lo anterior, se tiene que, en efecto, el a quo ordenó al municipio de Pereira reconocer y pagar al actor las prestaciones sociales con base en los honorarios pactados correspondientes a los periodos en los cuales se demostró la relación laboral, es decir, desde el 4 de marzo de 2008 al 30 de diciembre de 2009, del 1 de julio de 2011 al 30 de julio de 2012 y del 14 de enero al 13 de junio y del 15 de julio al 15 de agosto de 2013.

Sin embargo, no obra prueba documental alguna en el proceso que acredite la existencia de una relación contractual celebrada entre el actor y el municipio de Pereira por el periodo comprendido del 15 de julio al 15 de agosto del 2013, como quiera que el último contrato celebrado y demostrado en el proceso debidamente suscrito por las partes tuvo como periodo contractual el comprendido del 14 de enero al 13 de junio de 2013, por consiguiente, las prestaciones sociales no debieron ser reconocidas hasta el 15 de agosto de 2013 como erradamente lo dispuso la sentencia recurrida.

Adicionalmente a ello, advierte la Sala que el a quo no examinó el fenómeno de la prescripción, muy a pesar que en el presente asunto, el actor suscribió con la entidad accionada el contrato No 91 de 2009 el cual finalizó el día 30 de diciembre de ese mismo año. Con posterioridad a dicho contrato, las partes celebraron el contrato 225 de 2010, es decir, después de haber transcurrido más 11 meses de haber finalizado su último contrato en la vigencia 2009, por lo que, el demandante debió elevar la respectiva reclamación tendiente a obtener el reconocimiento de la relación laboral, dentro de los tres años siguientes al 30 de diciembre de 2009, es decir, que contaba hasta el 30 de diciembre de 2012 para tal propósito.

No obstante, la solicitud solo fue elevada en fecha 26 de agosto de 2013, después de finalizado el contrato 460 de 2013, siendo que con antelación a la celebración del contrato de prestación de servicios 225 de 2010, se había producido una verdadera ruptura en la relación contractual producida con corte a 30 de diciembre de 2009, de tal manera que, para la época en que el demandante radicó la reclamación administrativa, había transcurrido el término de los 3 años con que contaba para exigir el reconocimiento de la relación laboral y el consecuente pago de las sumas equivalentes a las prestaciones sociales pretendidas, razón por la cual, considera la Sala necesario modificar el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia, en tanto que el

reconocimiento y pago correspondiente a las prestaciones sociales se deberá hacer solo respecto de los periodos contractuales comprendidos del 20 de diciembre de 2010 al 29 de febrero de 2012, declarándose prescritos los periodos causados con anterioridad al 20 de diciembre de 2010.

De otra parte, en lo atinente a las falencias de carácter formal que presenta la sentencia recurrida y que fueron manifestadas por el municipio apelante, observa la Sala que en efecto, en las consideraciones del proveído objeto de estudio, el a quo se pronunció sobre el medio exceptivo formulado en tanto, consideró que las mismas no constituyen excepciones propiamente dichas, toda vez que, los argumentos que la sustentan no se dirigen a atacar la pretensión sino que se limitan a la contradicción de los hechos y bajo tal consideración, estimó no emitir pronunciamiento alguno sobre tal medio exceptivo sino que las abordó como meros argumentos de defensa, motivo por el cual, en la parte resolutive no se requiere que haya pronunciamiento específico sobre la aludida excepción.

En cuanto a la pretensión de la declaratoria de existencia de relación laboral solicitada por la parte actora, se observa que el Tribunal Administrativo de Risaralda en la parte motiva de la sentencia señaló de manera inequívoca que «(...) cuando el demandante desarrolló sus labores como Vigilante (sic) bajo la figura de contratos de prestación de servicios, lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral...». Sin embargo, la parte resolutive no contiene decisión alguna acerca de tal pretensión sino que, de manera directa procedió al reconocimiento prestacional, por lo que se hace necesario que en esta instancia se adicione el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia a fin de proceder a la declaratoria de la relación laboral acreditada.

Por último, se tiene que el a quo en cuanto a las cotizaciones en salud y pensión a favor del señor Jorge Eliecer García Manzo, ordenó que tales valores le fueran pagados al actor, decisión que no se ajusta al criterio jurisprudencial dispuesto en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, razón por la cual, la Sala considera que el numeral 3º de la providencia recurrida deberá modificarse en el sentido que dichas sumas de dinero deberán ser girados a los entes previsionales a los cuales estuvo afiliado el actor durante el tiempo de la relación laboral reconocida en este proveído y no pagárselos al demandante como se dispuso en la sentencia apelada.

Por consiguiente, en atención a la parte considerativa de esta providencia, habrá de confirmarse parcialmente la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo de Risaralda, de fecha 28 de octubre de 2014, que accedió a las pretensiones de la demanda, modificando los numerales 2º de la misma en la forma indicada en los párrafos precedentes.

En mérito de lo anteriormente 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,

RESUELVE

PRIMERO.- Confirmase parcialmente la sentencia de fecha, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, expedida dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho incoado por Jorge Eliecer García Manzo contra el municipio de Pereira, la cual declaró la nulidad del Oficio 25482 de 2013 que negó la existencia de la relación laboral y el reconocimiento de las prestaciones sociales reclamadas por el actor.

SEGUNDO.- Modificase el numeral 2º de la sentencia indicada en el ordinal anterior, el cual quedará de la siguiente manera:

«2. Declárase con aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, la existencia de la relación laboral entre el señor Jorge Eliecer García Manzo y el municipio de Pereira. En consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, ordenase al municipio de Pereira reconocer y pagar al demandante las prestaciones sociales de orden legal a las cuales tiene derecho tomando como base para su liquidación, los honorarios contractualmente pactados y derivados de los contratos de prestación de servicios correspondiente a al periodo comprendido del 20 de diciembre de 2010 al 29 de febrero de 2012.»

TERCERO.- Declarase prescritos las sumas equivalentes a las prestaciones sociales correspondiente a los periodos causados con anterioridad al 20 de diciembre de 2010.

CUARTO.- Modifícase el numeral 3º de la sentencia recurrida, en el sentido que las diferencias de valor que debe asumir la entidad contratante por concepto de cotizaciones en pensión y salud deberán ser girados a los entes previsionales a los cuales estuvo afiliado el actor durante el tiempo de la relación laboral reconocida en esta proveído.

QUINTO.- Reconózcase personería al abogado Luis Felipe Londoño Pinzón, identificado con cédula de ciudadanía N° 9.868.626 de Pereira y Tarjeta Profesional N° 238.097 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado del municipio de Pereira, en virtud del escrito visible a folio 213 del expediente y por Secretaria, devuélvase el expediente de la referencia al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

