



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A**

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 66001-23-33-000-2016-00299-01 (0390-2019)
Demandante: EDGAR DE JESÚS BOTERO TORRES
Demandada: MUNICIPIO DE PEREIRA

Tema: Reconocimiento relación laboral subyacente o encubierta.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

ASUNTO

La Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado decide los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y demandada contra la sentencia del 31 de mayo de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor Edgar de Jesús Botero Torres, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 de la Ley 1437 del 2011², formuló, en síntesis, las siguientes:

Pretensiones¹

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio 40767 del 19 de octubre de 2015 expedido por la Secretaría de Educación del municipio de Pereira, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago del reajuste salarial y de las acreencias laborales adeudadas al señor Edgar de Jesús Botero Torres, por razón de haber laborado con dicha entidad.
2. Declarar que entre el demandante y la entidad demandada existió una relación laboral en el periodo comprendido entre el 1.º de junio de 2009 y el 30 de mayo de 2013.
3. A título de restablecimiento del derecho, ordenar al municipio de Pereira liquidar y pagar a favor del interesado, a título de indemnización, el valor de todas las prestaciones de ley y convencionales adeudadas,

¹ Folios 74 y 75, C1.



correspondientes a los lapsos transcurridos entre el 1.º de junio de 2009 y el 31 de diciembre de 2009; el 20 de diciembre de 2010 y el 30 de diciembre de 2010; y del 1.º de julio de 2011 al 30 de mayo de 2013. Dichas sumas deberán ser indexadas y liquidarse con base en el monto mensual del último contrato celebrado entre las partes.

4. Condenar a la demandada a pagar al convocante el valor de los porcentajes de cotización a salud, pensión y ARP que debió trasladar a los fondos correspondientes y que fueron asumidos por el señor Botero Torres en los tiempos previamente relacionados.
5. Condenar a la entidad territorial a pagar al demandante, las cotizaciones a la caja de compensación familiar, por el periodo en el que prestó sus servicios a la entidad demandada.
6. Condenar al municipio a reconocer y pagar a favor del interesado, el valor correspondiente al reajuste de salarios y prestaciones sociales de ley, aportes a salud, pensión, ARP y trabajo suplementario, correspondiente a la diferencia entre lo que pagó la empresa Servitemporales y lo que realmente debió devengar conforme al salario de un celador de planta para el periodo en el que estuvo vinculado con la demandada.
7. Declarar que el tiempo laborado por el señor Edgar de Jesús Botero Torres, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios y como trabajador en misión, se debe computar para efectos pensionales.
8. Condenar a la entidad demandada a pagar la sanción moratoria por la no consignación de cesantías en vigencia de la relación laboral, en el equivalente de un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2010 y hasta el 30 de mayo de 2013.
9. Condenar a la demandada a pagar la sanción moratoria equivalente de un día de salario por cada día de retardo en el pago de las prestaciones sociales de ley, desde el 31 de mayo de 2013 y hasta el día en que se haga efectivo el pago de la obligación.
10. Condenar al municipio de Pereira al pago de costas procesales.

Fundamentos fácticos relevantes²

1. El señor Edgar de Jesús Botero Torres laboró al servicio del municipio de Pereira – Secretaría de Educación, a través de contratos de prestación de servicios en los siguientes periodos:
 - Del 1.º de junio de 2009 al 31 de diciembre de 2009
 - Del 20 de diciembre de 2010 al 30 de diciembre de 2010
 - Del 1.º de julio de 2011 al 30 de mayo de 2013

Y como trabajador en misión, por intermedio de la Empresa de Servicios Temporales Servitemporales S.A.:

- Del 1.º de enero de 2010 al 11 de diciembre de 2010
- Del 1.º de enero de 2011 al 30 de junio de 2011

² Folios 70 a 74, C1.



2. El demandante se desempeñó como vigilante de las instituciones educativas del municipio de Pereira, específicamente del Instituto Técnico Superior, La Julita, Aquilino Bedoya y Francisco de Paula Santander.
3. Sus funciones eran coordinadas con el jefe inmediato y debía cumplir un horario de acuerdo a la programación establecida por el Rector del colegio o institución educativa.
4. En los periodos en los que el señor Botero Torres estuvo vinculado como trabajador en misión, la EST Servitemporales le canceló las prestaciones de ley, con inclusión de los recargos por trabajo suplementario, pero todo ello liquidado con base en el salario que devengaba para la época, que correspondía al mínimo legal mensual vigente, y que era inferior al percibido por los celadores de planta del municipio de Pereira.
5. El municipio de Pereira – Secretaría de Educación cuenta con 61 celadores en su planta de personal, los cuales por tener una relación legal y reglamentaria cumplen las funciones establecidas en el Decreto 284 del 14 de mayo de 2007.
6. La entidad territorial, mediante Oficio 40767 del 19 de octubre de 2015 negó al demandante el reconocimiento de la existencia de una relación laboral y la correspondiente liquidación y pago de las acreencias laborales adeudadas.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias de allí que la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo»³, porque es guía y ajuste de esta última. De esta manera se preserva la congruencia que garantiza el debido proceso, razón por la cual el juez al proferir la sentencia debe resolver el litigio en forma concordante con los hechos, las pretensiones, las excepciones; puntos que fueron condensados y validados por los intervinientes al precisar el «acuerdo sobre el desacuerdo» en la audiencia inicial. De allí que los problemas jurídicos adecuadamente formulados y aceptados por los intervinientes se convierten en una eficiente guía para el decreto de las pruebas, las alegaciones, la sentencia y sustentación de los recursos pertinentes. Por lo dicho, la audiencia inicial es el punto de partida más legítimo y preciso para fundamentar adecuadamente la sentencia.

Resumen de las principales decisiones

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

En el acta se consignó lo siguiente al momento de decidir las excepciones⁴:

«**CASO B:** Solicita se declare la prescripción extintiva de los derechos reclamados, teniendo en cuenta que la reclamación administrativa fue presentada hasta el 08 de octubre de 2015, por lo tanto esta actuación interrumpe el término de prescripción desde la terminación del último contrato de prestación de servicios que se ejecutó. Es decir los periodos comprendidos entre el 1º de junio de 2009 al 31 de diciembre de 2009; del 1º octubre al 11 de diciembre de 2010 y entre el 1º de marzo al 30 de junio de 2012, se encuentran prescritos.

³ Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB. (2015).

⁴ Folios 166 a 168, C1.

Utiliza como fundamento normativo el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en sentido de indicar que las acciones que emanan de los derechos laborales, prescriben en tres (3) años.

Decisión conjunta: Para resolver se tiene que, conforme orientaciones dadas por el H. Consejo de Estado, este Tribunal había considerado el estudio de los efectos extintivos de la prescripción hasta el momento de proferir sentencia de mérito, posición que fue confirmada por esa Alta Corporación, en sede de unificación, conforme facultad conferida por el artículo 270 y 271 CPACA, estudio que será abordado una vez comprobada la existencia de la relación laboral, es decir la decisión de fondo se difiere para el momento de proferir sentencia.,

Argumento que bastará para declarar no probada el medio exceptivo propuesto.

Finalmente no se advierte en ninguno de los dos expedientes la formulación de medios exceptivos adicionales que tengan el carácter de previos (art. 100 CGP), o aquellos previstos en el numeral 6 del artículo 180 CPACA, así como tampoco se encuentra probado ninguno de manera oficiosa, con la capacidad de enervar anticipadamente el procedimiento hasta ahora surtido, por tanto corresponde adelantar los demás puntos de la diligencia». (Negrillas, subrayas y mayúsculas originales)

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

El litigio se fijó en los siguientes términos⁵:

«[...].

Conforme con los planteamientos realizados por las partes, procederá el Despacho a fijar el litigio en los siguientes términos:

¿Se encuentran demostrados los elementos de subordinación o dependencia, prestación personal del servicio y remuneración, como presupuestos de la existencia de la presunta relación laboral entre el demandante y la entidad demandada, encubierta presuntamente a través de la suscripción de contratos de prestación de servicios?

En caso de acreditarse la existencia de una relación laboral durante esa contratación, deberá establecerse si le asiste derecho a los aquí demandantes a obtener el pago de las prestaciones sociales, situación que será definida al momento de citar sentencia, realizando las precisiones del caso respecto de los aportes a la seguridad social.

[...]».

SENTENCIA APELADA⁶

El tribunal dictó sentencia escrita el 31 de mayo de 2018, a través de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con sustento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y el de prestación de servicios, con sustento en la sentencia C-154 de 1997, proferida por la Corte Constitucional, y puntualizó lo pertinente al principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

⁵ Folio 259, C1.

⁶ Folios 203 a 215, C1.



Al analizar los elementos probatorios a efectos de verificar la configuración de los elementos constitutivos de la relación de trabajo, el tribunal señaló que la prestación personal del servicio y la remuneración se encuentran debidamente acreditados, y que sobre aquellos no se evidenció controversia entre las partes.

Sobre la subordinación, precisó que las funciones cumplidas por el demandante en desarrollo de los objetos contractuales, permitían concluir su presencia, pues respecto de las labores de celaduría mal podría predicarse autonomía por parte de quien debe llevarlas a cabo, lo cual sustentó con lo referido en providencia del 10 de julio de 2014 dictada por el Consejo de Estado.

Resaltó que la prueba documental y testimonial recaudada desdibujaban la temporalidad característica de los contratos de prestación de servicios, por cuanto la relación se prolongó por más de 4 años, lo que permite concluir que el servicio requerido debía ser prestado por personal adscrito a la planta de empleos de la entidad.

Con sustento en lo anterior, el *a quo* consideró demostrada la existencia de una relación laboral, y en consecuencia el surgimiento del derecho a favor del convocante al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, así como de los porcentajes de las cotizaciones que debió pagar por concepto de seguridad social.

En punto al reconocimiento y pago de dotación, el juez de primera instancia indicó que, en anterior oportunidad el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, revocó una providencia en la que se accedió a dicha pretensión bajo el argumento de que la misma se trata de una prestación laboral y no una prestación social a la cual no tienen derecho los contratistas. Sin embargo, sostuvo apartarse de tal postura, y en esa medida, manifestó que reconocería el pago de dotación de calzado y vestido en los términos solicitados en el libelo.

En lo que atañe al pago de horas extras, dominicales, festivos, recargos nocturnos y compensatorios, el tribunal precisó que no hay lugar al reconocimiento de trabajo suplementario dentro de la connotación indemnizatoria que se presenta con la existencia del contrato realidad, y que, de otro lado no se acreditó suficientemente la causación del mismo.

A su turno, resaltó que negaría las pretensiones enfocadas a obtener el reconocimiento de la prima de servicios, de las cotizaciones efectuadas a la caja de compensación familiar y de la retención en la fuente.

Al pronunciarse sobre la prescripción, hizo alusión a la postura jurisprudencial desarrollada por el Consejo de Estado, y sobre la misma concluyó, que en el asunto bajo estudio se configuró dicho fenómeno prescriptivo sobre los periodos comprendidos entre el 1.º de junio de 2009 y el 11 de diciembre de 2010, toda vez que finalizado el término de ejecución de este último (11 de diciembre de 2010), hubo una interrupción significativa en la prestación del servicio, pues la relación contractual se reanudó el 1.º de marzo de 2012, y de dicha interrupción solo obra una certificación de Servitemporales para el lapso 1.º de octubre de 2010 y 12 de diciembre de 2010, sin que se pruebe lo pertinente al periodo 2011.



Corolario de lo expuesto, el tribunal de primer grado declaró la nulidad del acto administrativo demandado; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción; condenó a la entidad territorial al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de ley, con base en los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios por los periodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, es decir, entre el 3 de marzo de 2012 y el 30 de mayo de 2013; así mismo, condenó al pago de los porcentajes de cotización a salud y pensión en el monto que le correspondía como empleador; al pago en dinero de las dotaciones de vestido y calzado de labor causadas entre el 1.º de marzo de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, y entre el 2 de enero de 2013 y el 30 de mayo de 2013; y condenó en costas a la parte demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada**⁷ presentó recurso de apelación con fundamento en lo siguiente:

El hecho de que la administración tenga injerencia en la labor desarrollada por el demandante no implica subordinación sino coordinación. Asimismo, no puede inferirse la existencia de dicho elemento, a razón de que la entidad regule el cumplimiento del contrato mediante un interventor.

Sostuvo que el municipio obró conforme a derecho y por tanto no le asiste responsabilidad alguna en la contratación del demandante, toda vez que la misma no es violatoria del ordenamiento legal, sino que se trata de una relación contractual amparada por la Ley 80 de 1993. De esta manera, si lo que se pretende demostrar es que el contrato de prestación de servicios viola la Constitución y la ley, entonces la consecuencia de ello no sería otra que la nulidad del vínculo y no su inexistencia.

Tras referenciar las normas que regulan la materia, indicó que la relación jurídica que se deriva de un contrato de prestación de servicios tiene su fundamento, cuando lo contratado no puede realizarse con personal de planta, por cuanto el número de empleados no es suficiente para los efectos, o cuando la actividad por desarrollarse, requiera conocimientos especializados.

Argumentó que es factible que, por medio de un contrato de prestación de servicios, se pretenda desnaturalizar un contrato de trabajo relacionado con la construcción y sostenimiento de obras públicas, únicos que pueden darse bajo esta forma contractual con la administración.

Manifestó que resulta contradictorio que se disponga la liquidación y pago de las prestaciones sociales a favor del señor Botero Torres a título de restablecimiento del derecho, en tanto el resarcimiento del daño difiere sustancialmente de dicho concepto.

Finalmente, recalcó que en lo que toca al pago de dotación de vestido y calzado, el *a quo* contradice su propio análisis según el cual la misma corresponde a una prestación laboral y no a una prestación social a la cual no tienen derecho los contratistas.

⁷ Folios 217 a 223, C1.



Con fundamento en lo anterior, solicitó revocar la sentencia de primera instancia y negar las pretensiones de la demanda.

A su turno, **la parte demandante**⁸ presentó recurso de alzada, para lo cual expuso lo siguiente:

La sentencia de primera instancia negó el pago de aportes a caja de compensación familiar, bajo la consideración de que no se habían probado en el proceso y que tampoco se demostró el cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley 21 de 1982.

Al respecto señaló que, de conformidad con lo decidido en sentencia del 19 de febrero de 2009 por el Consejo de Estado, al desvirtuarse el contrato de prestación de servicios, el trabajador adquiere el derecho al pago de las cotizaciones a la caja de compensación familiar.

Sobre la sanción moratoria solicitada en el libelo petitorio, sostuvo que el tribunal no efectuó pronunciamiento alguno, por lo que habría lugar a adicionar la sentencia en ese aspecto.

Para dar fuerza a su reclamo precisó que, si bien se ha negado dicha pretensión bajo el argumento de que la sentencia que reconoce la existencia del contrato de trabajo es constitutiva de derechos, el hecho de que se aplique la prescripción desde la terminación del último contrato de prestación de servicios, comprende que la sentencia sea declarativa, lo que deja sin sustento la negativa a la sanción moratoria.

En consecuencia, solicitó adicionar la sentencia ordenando liquidar y pagar los aportes a la caja de compensación familiar, y condenar al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el retraso en el pago de las prestaciones sociales.

ADICIÓN SENTENCIA⁹

Atendiendo a la solicitud de adición de la sentencia presentada por el apoderado de la parte demandante, relacionada con que la providencia de primer grado no se pronunció sobre la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retardo en la cancelación del auxilio de cesantías y de las prestaciones sociales, el tribunal de primera instancia indicó, que la misma resultaba procedente y, en ese sentido, resolvió el tema en los términos que a continuación se resumen:

La Corte Constitucional mediante sentencia de unificación SU 448 de 2016 señaló que en los eventos en los cuales se demuestra la existencia de un contrato realidad, los derechos que se derivan de dicha relación laboral surgen a partir de la sentencia que la declara, por lo que no hay lugar a aplicar disposiciones de carácter sancionatorio por la mora en la cancelación de las prestaciones reclamadas.

Así, con fundamento en dicha postura jurisprudencial, resolvió negar la petición de reconocimiento y pago de la sanción deprecada.

⁸ Folios 226 a 229, C1.

⁹ Folios 231 a 233, C1.



ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte demandante**¹⁰ solicitó confirmar la sentencia de primera instancia con las modificaciones propuestas en el recurso de apelación.

La **parte demandada** y el **Ministerio Público** guardaron silencio en esta etapa, de conformidad con la constancia secretarial visible a folio 366 del plenario.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del CPACA, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto. De igual forma, según el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de alzada.

Problema jurídico

De conformidad con los planteamientos derivados de la sentencia impugnada y de los recursos de apelación elevados por las partes demandante y demandada, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se circunscriben a:

1. ¿El señor Edgar de Jesús Botero Torres demostró la configuración de los elementos de la relación laboral durante el tiempo que estuvo vinculado como celador con el municipio de Pereira a través de contratos de prestación de servicios suscritos directamente con la entidad, y con empresas de intermediación laboral?

En caso afirmativo,

2. ¿Hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción extintiva del derecho, al haber transcurrido más de tres años entre la finalización de todos o algunos de los periodos contractuales y la reclamación administrativa?
3. ¿Al declararse la existencia de la relación laboral con ocasión de los contratos de prestación de servicios suscritos directamente con la entidad demandada, y las vinculaciones mediante terceros intermediarios, cómo debe restablecerse el derecho del demandante, específicamente en lo que refiere al reconocimiento y pago de los aportes a Caja de Compensación Familiar; a la sanción moratoria por el retardo en la consignación del auxilio de cesantías y de las prestaciones sociales; y a la dotación de vestuario y calzado?
4. ¿Hay lugar a reembolsar al demandante las sumas pagadas por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión?

Marco normativo y jurisprudencial

¹⁰ Folios 263 y 264, C1.



En lo relacionado con el derecho al trabajo, el artículo 53 constitucional consagra los derechos fundamentales de los trabajadores relacionados con la igualdad de oportunidades, remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho y **primacía de la realidad sobre las formalidades** establecidas por las partes.

Asimismo, el artículo 53 *ejusdem* establece que los convenios internacionales sobre el derecho al trabajo, debidamente ratificados por el Estado colombiano, forman parte de la legislación interna (bloque de constitucionalidad laboral). Por esta razón, desde el ámbito del derecho internacional, el principio de «salario igual por un trabajo de igual valor», desarrollado por el artículo 2 del Convenio 111 de la OIT,¹¹ constituye, junto con otros principios convencionales,¹² un axioma laboral de aplicación directa en el ordenamiento jurídico interno.

Ahora bien, al margen de lo previsto para el derecho al trabajo, en lo que respecta al contrato estatal de prestación de servicios (uno de los instrumentos de gestión pública y de ejecución presupuestal más importantes de la Administración para satisfacer sus necesidades y asegurar el cumplimiento de los fines del Estado), el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 lo recoge como un tipo de negocio jurídico o contrato típico, en los siguientes términos:

«3. 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.»

Como se ve, el anterior precepto establece, de manera expresa, que los contratos de prestación de servicios no son fuente de **una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales**; sin embargo, la jurisprudencia de esta corporación y de la Corte Constitucional ha admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de una relación laboral, a saber: la subordinación continuada, la prestación personal del servicio y la remuneración (artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo).

En esa lógica, en la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021, la Sección Segunda del Consejo de Estado expuso la necesidad de generar una interpretación vinculante respecto del entendimiento del contrato estatal de prestación de servicios contemplado en el mencionado artículo 32 de la Ley

¹¹ Aprobado en Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969.

¹² Como Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), Colombia ratificó el «Protocolo de San Salvador: Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales», adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988, el cual en sus artículos 6 y 7 consagra el derecho al trabajo como «(...) la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada».

80 de 1993, y la forma en que este queda desvirtuado para dar lugar a la declaratoria de una relación laboral encubierta o subyacente.

Lo anterior, teniendo en cuenta que toda relación jurídica que implique conductas o actividades laborales, incluidas, claro está, aquellas en las que el Estado es el empleador, deberá ser analizada en consideración de los derechos fundamentales de los trabajadores previstos en el señalado artículo 53 de la Constitución y en los convenios internacionales sobre el trabajo, debidamente ratificados por el Estado.

En tal sentido, en el citado fallo de unificación, al analizarse los elementos del contrato de trabajo (subordinación, prestación personal del servicio y remuneración), se reiteraron ciertos criterios elaborados por la jurisprudencia para identificar, en el marco de contratos estatales de prestación de servicios, el elemento de la subordinación, en cuanto condición *sine qua non* para declarar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, a saber:

- i) el lugar de trabajo, en el que precisó que en la actualidad se puede matizar ante el surgimiento de una «nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas»;
- ii) el horario de las labores, resaltando que el establecimiento o imposición de jornadas laborales o turnos deberá ser valorado en función del objeto contractual convenido;
- iii) la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar, que se materializa, por ejemplo, con el *ius variandi* o con la inserción del prestador del servicio en el círculo rector, organizativo o disciplinario de la entidad; y
- iv) que las actividades o tareas a desarrollar correspondan de manera idéntica, semejante o equivalente a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.

No obstante lo anterior, la Sección precisó que aun cuando se acrediten los mencionados elementos del contrato de trabajo, lo que emerge entre el contratista y la entidad es una relación laboral, gracias a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas; pero, de ninguna manera, una vinculación legal y reglamentaria, por lo que no es posible darle la categoría de empleado público a quien prestó sus servicios sin satisfacer las exigencias del artículo 122 de la Carta Política.¹³

Finalmente, sobre este punto, determinó que incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia continuada, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia.

Expuestos los anteriores fundamentos, la Sección Segunda determinó las siguientes reglas de unificación:

- (i) La primera regla define que el concepto de «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de

¹³ Al respecto, ver entre otras la sentencia de esta Sección de 13 de mayo de 2010; radicado 76001-23-31-000-2001-05650-01(0924-09); C.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez.

acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.

(ii) La segunda regla establece un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del expediente.

(iii) La tercera regla determina que frente a la no afiliación al sistema de la Seguridad Social en salud, por parte de la Administración, es improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal.

En la primera regla, la sentencia fue enfática en destacar la importancia de dar cabal cumplimiento al principio de planeación, el cual exige a las entidades estatales, so pena incluso de nulidad, la utilización de sus recursos de la manera más eficiente; por esta razón, el «término estrictamente indispensable» puede advertirse en la fase precontractual, pues es allí donde la entidad justifica, en función del objeto a contratar y de los recursos disponibles, el tiempo máximo que estima imprescindible para la ejecución de un contrato futuro. De ahí que los contratos de prestación de servicios no puedan concatenarse indefinidamente en el tiempo, cuando se suscriben con personas naturales.

En la segunda regla, la sentencia de unificación estableció en 30 días hábiles, en principio y como marco de referencia, el término de solución de continuidad para aquellos contratos de prestación de servicios que presenten interrupciones, cuya consecuencia jurídica es la de establecer la prescripción de derechos una vez declarada la relación laboral subyacente. En consecuencia, de no superarse dicho lapso, se puede concluir «la existencia de una unidad de vínculo contractual» siempre y cuando «se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades».

A este respecto, en la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021, se reiteró que la Sección Segunda del Consejo de Estado, en punto a la prescripción de derechos prestacionales derivados de la relación laboral encubierta o subyacente, ha venido aplicando la postura de la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016,¹⁴ según la cual, en caso de encontrarse acreditada la relación laboral, quien pretenda su reconocimiento debe reclamarlo dentro de los tres años siguientes contados a partir de la finalización del vínculo contractual, y, en aquellos casos donde se presente solución de continuidad entre contratos, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización,¹⁵ por lo que de no presentarse la reclamación en ese periodo, operará el fenómeno prescriptivo,

¹⁴ sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005

¹⁵ En los precisos términos de la sentencia de unificación, se indicó: «[...] Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. [...]» (Negrita fuera del texto)



salvo en lo relacionado con los aportes a pensión que no está sometidos a dicho término.¹⁶

En igual sentido, mediante Auto del 11 de noviembre de 2021, la Sección Segunda aclaró que el término de la solución de continuidad unificado solo cobra relevancia si se configuran los elementos establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, pues, de no estarlo, no existe una relación laboral cuya duración deba ser examinada.

Finalmente, en la tercera regla, la Sección Segunda consideró improcedente la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud efectuados por el contratista en exceso, por «constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal».

Las reglas de unificación en cita constituyen precedente vinculante en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, en armonía con los artículos 270 y 271 *ejusdem*, para todos los casos que se encuentren en estudio en la vía judicial y administrativa. En tal virtud, se procede a resolver el caso concreto a la luz de dichos parámetros.

De las empresas de servicios temporales y las relaciones jurídicas que surgen con los trabajadores en misión y las empresas usuarias

El marco normativo de las empresas de servicios temporales está contenido en la Ley 50 del 28 de diciembre de 1990¹⁷ y el Decreto 24 de 1998¹⁸, modificado por el Decreto 503¹⁹ de esa misma anualidad. Es así como en el artículo 71 de la prenotada Ley 50 de 1990, definió lo que es una Empresa de Servicios Temporales en los siguientes términos:

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

En este orden de ideas, se entiende que el objeto de las empresas de servicios temporales es suministrar a un tercero la prestación de un servicio temporal o transitorio de personas naturales, frente a las cuales la EST tiene la calidad de empleador, dicho tercero es calificado por la ley como el usuario quien es «toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las empresas de servicios temporales.» (Art. 73).

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

«Los trabajadores de las EST son de dos clases: trabajadores de planta, que desarrollan su actividad en las dependencias de las EST; y trabajadores en misión, que son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las

¹⁶ Siendo deber del juez administrativo pronunciarse en todos los casos, aun si no se hubiesen deprecado de forma expresa, en el sentido de ordenar que se realicen los aportes sobre las diferencias que se demuestren causadas, mes a mes, respecto de la parte que le correspondía a la entidad contratante como empleadora.

¹⁷ Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

¹⁸ Por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las empresas de servicios temporales.

¹⁹ Por el cual se modifica y adiciona el Decreto número 0024 del 6 de enero de 1998, que reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales

dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos».

De acuerdo con la normatividad referenciada en precedencia, las empresas de servicios temporales conforman una modalidad de trabajo en la que no existe vínculo directo entre quien se beneficia del trabajo y el trabajador que lo realiza o presta el servicio.

Ahora, el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 establece los eventos de procedencia de la contratación de servicios a través de las empresas de servicios temporales EST así:

«Artículo 77. Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más».

Dichas causales de procedencia se fundamentan en la intención del legislador de proteger a los trabajadores temporales con el objeto de que los usuarios no burlen sus garantías laborales cuando en realidad requieren los servicios de trabajadores de manera permanente.

En tal sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-330 de 1995²⁰, al estudiar la constitucionalidad del numeral 3 del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 consideró que la finalidad de esta norma es «**la protección de los trabajadores, para que las empresas no abusen de la posibilidad de contratar trabajadores temporales, haciendo a un lado los permanentes**». Del mismo modo, indicó la Corte que las causales para la procedencia de esta figura, atienden a que el trabajo es un derecho que goza de especial protección del Estado (art. 25 CP) y a que éste tiene la obligación de proteger a las personas que por su condición económica se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, en tanto «en la compleja relación empresa de servicios temporales, usuario y trabajador, la parte más débil es este último».

Bajo estos supuestos, es claro que la Ley 50 de 1990 en su artículo 71 permite la contratación con empresas de servicios temporales, pero bajo los precisos límites del artículo 77 ibídem, motivo por el cual, al igual que lo ha expresado la Sala en los casos en que ha aplicado el principio de la primacía de la realidad para reconocer la existencia del contrato realidad, no resulta viable acudir a la contratación de empresas de servicios temporales cuando se trate del desarrollo de actividades permanentes o propias del objeto de la entidad, pues de ser así, se estarían desconociendo principios constitucionales que rigen la función pública.

Primer problema jurídico

²⁰ M.P. Jorge Arango Mejía



¿El señor Edgar de Jesús Botero Torres demostró la configuración de los elementos de la relación laboral durante el tiempo que estuvo vinculado como celador con el municipio de Pereira a través de contratos de prestación de servicios suscritos directamente con la entidad, y con empresas de intermediación laboral?

Al respecto, la Subsección sostendrá la siguiente tesis: de conformidad con el análisis jurídico y probatorio, en el caso del señor Edgar de Jesús Botero Torres se encuentran demostrados los tres elementos que configuran una verdadera relación laboral, razón por la cual, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, hay lugar a declarar su existencia.

Sobre el asunto sometido a discusión

Advierte la Sala que, en el presente asunto, el demandante pretende la declaración de la existencia de una relación laboral entre él y el municipio de Pereira, por el periodo comprendido entre el 1.º de junio de 2009 y el 30 de mayo de 2013, sin solución de continuidad; y, en consecuencia, que se ordene el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de ley y demás acreencias laborales que surjan con ocasión de dicha declaratoria.

El tribunal de primera instancia encontró acreditado el vínculo laboral aducido por el señor Edgar de Jesús Botero Torres al considerar que, con el material probatorio recaudado, se acreditaron los elementos que configuran la relación de trabajo, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continua subordinación y dependencia; lo anterior, aunado a haberse demostrado la permanente ejecución de actividades que desnaturalizan el carácter temporal del contrato de prestación de servicios.

No obstante, según se desprende del recurso de alzada presentado por la entidad demandada, en el presente asunto no hay lugar a declarar la existencia de una relación laboral encubierta entre las partes y, por lo tanto, no es procedente el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales reclamadas por el demandante.

Lo anterior, por cuanto el señor Botero Torres no acreditó la configuración de los elementos esenciales del contrato realidad, específicamente el de subordinación; y su vinculación bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios se encontraba amparada por la Ley 80 de 1993, por virtud de la cual, no puede predicarse la existencia de una relación de trabajo.

De acuerdo con lo indicado, precisa esta Subsección que quien pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral oculta bajo la modalidad de contratación por prestación de servicios, tiene el deber de demostrar, a través de los medios probatorios a su disposición, la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

Así las cosas, y conforme a la documentación obrante en el expediente, se observa que el señor Edgar de Jesús Botero Torres prestó sus servicios al municipio de Pereira, de la siguiente manera:



Vinculación contractual directa con el municipio de Pereira²¹

N.º contrato orden	de u	Periodo	Valor/Honorarios	Objeto	Folio
587/2009		01/06/09 31/12/09	\$6.206.375	Prestar los servicios de portería en el Instituto Técnico Superior, o en el establecimiento educativo que se requiera según necesidad del servicio.	10 y 11, C1.

Vinculación contractual por intermedio de la EST Servitemporales S.A.²²

N.º contrato orden	de u	Periodo	Valor/Honorarios	Objeto	Folio
		01/01/10 07/10/10	\$519.261	Laboró en nuestra empresa con contrato de obra o labor determinada, suministrado como empleado en misión para ALCALDÍA DE PEREIRA – CONSERJE. Prestación de servicios de administración y suministro de personal temporal de apoyo técnico, administrativo y operativo en los planteles educativos oficiales del municipio de Pereira para la vigencia 2010.	38 a 40, C1.
		08/10/10 11/12/10	\$519.261	Laboró en nuestra empresa con contrato de obra o labor determinada, suministrado como empleado en misión para ALCALDÍA DE PEREIRA – CONSERJE. Prestación de servicios de administración y suministro de personal temporal de apoyo técnico, administrativo y operativo en los planteles educativos oficiales del municipio de Pereira para la vigencia 2010.	38 a 40, C1.

Vinculación contractual directa con el municipio de Pereira²³

N.º contrato orden	de u	Periodo	Valor/Honorarios	Objeto	Folio
		20/12/10 31/12/10	\$1.091.000 (Honorarios)		6, C1.
700/2012		01/03/12 30/06/12	\$4.364.000	Prestación de servicios de apoyo operativo en el Establecimiento Educativo FRANCISCO DE PAULA SANTANDER del Municipio de Pereira, o donde la Secretaría de Educación Municipal lo requiera por necesidad del servicio.	10, 12 y 13, C1.
		01/07/12 30/07/12	\$1.091.000 (Honorarios)		7, C1.
981/2012		01/08/12 15/09/12	\$1.636.500	Prestación de servicios para realizar actividades de apoyo operativo y asistencial en uno de los Establecimientos Educativos Oficiales del Municipio de Pereira o donde la Secretaría de Educación Municipal lo requiera por necesidad del servicio.	10, 14 a 16, C1.
1622/12		16/09/12 31/10/12	\$1.636.500	Ibídem.	10, 17 a 19, C1.
2239/2012		01/11/12 31/12/12	\$2.218.366	Ibídem.	10, 20 a 23, C1.

²¹ De conformidad con las certificaciones expedidas por la Directora Administrativa de Prestación del Servicio Educativo y Administración de Plazas Docentes, los días 28 de febrero de 2012, 12 de julio de 2012, 13 de septiembre de 2012 y 6 de noviembre de 2015 (fls. 6, 7, 8, 9 y 10, C1.).

²² Conforme se desprende de la constancia emitida por el Representante Legal de la empresa de servicios temporales SERVITEMPORALES S.A., y los contratos suscritos por dicha empresa y el señor Edgar de Jesús Botero Torres.

²³ De conformidad con las certificaciones expedidas por la Directora Administrativa de Prestación del Servicio Educativo y Administración de Plazas Docentes, los días 28 de febrero de 2012, 12 de julio de 2012, 13 de septiembre de 2012 y 6 de noviembre de 2015 (fls. 6, 7, 8, 9 y 10, C1.).



0037/2013	02/01/13 30/05/13	\$5.673.200	Ibídem.	10, 24 y 25, C1.
-----------	----------------------	-------------	---------	---------------------

La anterior relación probatoria permite colegir que, entre el 1.º de junio de 2009 y el 30 de mayo de 2013, el señor Edgar de Jesús Botero Torres prestó sus servicios profesionales como celador/conserje/vigilante al municipio de Pereira – Secretaría de Educación Municipal, mediante vinculación contractual y a través de empresas de servicios temporales, con algunas interrupciones.

Con fundamento en lo anterior, y de conformidad con las condiciones en que fueron ejecutados los contratos referenciados, procede la Subsección a verificar si el demandante acreditó la prestación personal del servicio, remunerada y bajo continua subordinación y dependencia.

a) La prestación personal del servicio.

Para esta Subsección está acreditado que el señor Edgar de Jesús Botero Torres prestó de forma personal sus servicios con ocasión a los diferentes contratos celebrados, para desarrollar funciones requeridas en cumplimiento de los objetos contractuales contenidos en los contratos que suscribió, como se relacionó al analizar los extremos temporales de la relación.

b) Remuneración por el servicio prestado.

Frente al elemento de la remuneración, la Sala puede inferir razonablemente que al señor Edgar de Jesús Botero Torres se le cancelaban periódicamente las sumas reconocidas a título de honorarios en los diferentes contratos de prestación de servicios. Ello se advierte, principalmente, de las cláusulas relacionadas con: i) el valor de los contratos; y ii) la forma de pago en la cual se estipulaban los montos mensuales que recibiría el demandante por sus servicios.

c) Subordinación y dependencia continuada

Este elemento esencial del contrato de trabajo, según el artículo 23 del CST²⁴, es considerado por la doctrina como el determinante para distinguir la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, y que faculta al empleador para exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al tiempo, modo o cantidad de labores, así como para imponerle reglamentos y el poder disciplinario, teniendo en cuenta para ello, los límites constitucionales que imponen el respeto a la dignidad humana del trabajador y sus derechos mínimos, es decir, bajo criterios de razonabilidad y sin arbitrariedad. De acuerdo con lo anterior, la subordinación parte del poder de dirección respecto a las actividades de trabajo y como potestad disciplinaria del empleador para conservar el orden en la empresa, pero únicamente en lo atinente al ámbito laboral.

²⁴ «Artículo 23. Elementos esenciales. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos esenciales:
[...]

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; [...]» (Subraya la Sala).

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-386 de 2000 indicó:

«[...] La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos.

Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél. [...]»²⁵

Colofón de lo expuesto, como subordinación y dependencia continuada se debe entender el elemento esencial y configurativo de la relación laboral, según el cual el empleador, en ejercicio de su potestad de dirección, puede exigir a sus empleados el acatamiento de órdenes e instrucciones sobre el modo y la cantidad de trabajo, el cumplimiento de horarios para el desarrollo de este, y la imposición de los reglamentos internos, en cualquier momento, respetando la dignidad del trabajador y sus derechos mínimos constitucionales y laborales.

Bajo tal entendimiento, se tiene que la parte demandada sustentó su recurso de apelación sobre la base de que, entre otros, en el plenario no obran los elementos de juicio suficientes para la determinación de los elementos que configuran la relación laboral, específicamente la subordinación; que, de otro lado, no puede inferirse la existencia de dicho elemento, a razón de que la entidad regule el cumplimiento del contrato mediante un interventor; y que el municipio obró conforme a derecho y por tanto no le asiste responsabilidad alguna en la contratación del demandante, toda vez que la misma no es violatoria del ordenamiento legal, sino que se trata de una relación contractual amparada por la Ley 80 de 1993.

En ese sentido, y teniendo en cuenta que para esta Sala los elementos de prestación personal del servicio y de remuneración o contraprestación, propios de la relación laboral, se encuentran debidamente acreditados en el *sub examine*, se procede entonces a realizar el análisis correspondiente al elemento de la subordinación y dependencia continuada, para lo cual se estudiará, en primer término, la prueba testimonial recepcionada en la audiencia de pruebas²⁶.

Así, se tiene que los señores Yovanny Antonio Castro Henao y Rigoberto Usma Usma, testigos llamados por la parte demandante, depusieron sobre los hechos en que se fundamenta la reclamación solicitada en el libelo, en los siguientes términos²⁷:

²⁵ Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

²⁶ Folios 185 a 190, C1

²⁷ De conformidad con el Acta de la Audiencia de Pruebas de fecha 13 de enero de 2017 los señores Carlos Edwin Ordóñez Suárez, Dora Ligia Ramírez Useche y Carlos Andrés Pizza Bernal no se hicieron presentes en la diligencia, por lo que se prescindió de la recepción de sus testimonios (fls. 300 a 303, C1.)



El señor **Yovanny Antonio Castro Henao**. Señaló que trabajó para el municipio de Pereira y que conoció al señor Edgar de Jesús Botero Torres, quien trabajó en la institución Francisco de Paula Santander, desde el año 2012 a 2013. Manifestó que desempeñaban labores de celaduría del establecimiento educativo. **Respuesta a las preguntas formuladas por el apoderado parte demandante.** Sostuvo que como funciones del demandante, al igual que las suyas, estaban las de cuidar el colegio como vigilantes, celadores con horarios 24 por 48. Declaró que cuando requerían ausentarse de sus labores, debían solicitar permiso al rector. Indicó que tuvieron contratos por un año o por seis meses. Adujo que cuando estuvieron trabajando a través de Servitemporales les fueron reconocidas las prestaciones sociales, y que dicho tiempo transcurrió entre 2010 y 2012 aproximadamente; así mismo, que las funciones ejercidas siempre fueron las mismas a pesar de estar laborando mediante la temporal. Recordó que no les daban dotación de armamento. **Respuesta a las preguntas formuladas por el apoderado parte demandada.** Preciso que prestó sus servicios en el colegio Francisco de Paula Santander durante 4 años, desde el año 2010. Resaltó que cada uno de los celadores cumplía turnos por separado. Argumentó, que sí le había constado la solicitud de permisos del convocante al rector de la institución, toda vez que el directivo le contaba cuando el demandante le había solicitado algún permiso. **Respuesta a las preguntas formuladas por el agente del Ministerio Público.** Informó haber demandado al municipio por circunstancias similares a las ventiladas en el presente proceso.

A su turno, el señor **Rigoberto Usma Usma** mencionó que actualmente se encuentra laborando para una institución educativa adscrita al municipio de Pereira. Refirió conocer al señor Botero Torres por cuanto fueron compañeros de trabajo en el establecimiento educativo Aquilino Bedolla, en el año 2010. Recordó que el demandante desempeñaba servicios de vigilancia, manejo de portería, entrada de personal educativo. **Respuesta a las preguntas formuladas por el apoderado parte demandante.** Sostuvo que cuando necesitaban ausentarse del colegio, debían buscar un reemplazo de la misma institución, para que cubriera el permiso. Señaló que su jornada de trabajo era de dos días en el día y dos días en la noche, y que quien determinaba esos horarios eran los jefes inmediatos, fuera una rectora o el rector. Indicó que para 2010 estuvieron vinculados con Servitemporales, periodo durante el cual recibieron prestaciones sociales, y que ejercieron las mismas funciones. Manifestó que desde la misma alcaldía los remitieron a la empresa de servicios temporales. Arguyó que las instituciones educativas no les brindaban ningún tipo de dotación. **Respuesta a las preguntas formuladas por el apoderado parte demandada.** Preciso no conocer que el demandante hubiese solicitado permisos en el lapso en el que compartieron labores. **Respuesta a las preguntas formuladas por el agente del Ministerio Público.** Dijo que cuando lo remitieron de la alcaldía a la empresa de servicios temporales, le informaron que se debía a que tendría mejores condiciones.

Análisis probatorio

A efectos de atender los planteamientos expuestos en el recurso de apelación de la parte demandada, procede la Sala a realizar el análisis de las pruebas documentales y testimoniales recaudadas en el curso del proceso.

Se advierte en primer lugar, que el señor Edgar de Jesús Botero Torres ejerció funciones como celador/vigilante/conserje contratista al servicio del municipio de Pereira, en el marco de, entre otras, las siguientes obligaciones contractuales:

- «1. Coordinar el acceso del personal autorizado que ingrese al Plantel Educativo.
2. Informar al supervisor en forma oportuna sobre las inconsistencias y anomalías relacionadas con los asuntos elementos o situaciones operativas que se



presenten en desarrollo de sus actividades. 3. Realizar las actividades objeto del presente contrato en forma proactiva, atendiendo las necesidades de la Institución Educativa Respectiva.»

Así, de la relación probatoria de carácter testimonial, y al amparo de los contratos de prestación de servicios referenciados en el cuadro que antecede, resulta claro que la labor para la cual se contrató al señor Edgar de Jesús Botero Torres, se encontraba encaminada a prestar los servicios de vigilancia y celaduría para las instituciones educativas adscritas a la Secretaría de Educación del municipio de Pereira.

Se observa dentro del plenario oficios de fecha 22 de junio de 2012 y 1.º de diciembre de la misma anualidad²⁸, por medio de los cuales el Rector del Establecimiento Educativo Francisco de Paula Santander solicitó al Secretario de Educación Municipal, adicionar en tiempo y valor los contratos de prestación de servicios 770 y 2239 de 2012, suscritos con el señor Botero Torres, para lo cual indicó como justificación que se hacía necesario «continuar con las actividades que se desprenden del contrato en mención, tendientes a cumplir con los propósitos establecidos para la buena marcha y **efectivo cumplimiento de los cometidos de la Entidad** y de esta manera evitar no solo traumatismos en la prestación del servicio sino circunstancias que puedan llevar a posteriores demandas o procesos disciplinarios.» (Subraya la Sala)

Igualmente se aprecia certificación de fecha 1.º de noviembre de 2012, mediante la cual el Secretario de Educación del municipio de Pereira y la Directora Administrativa de Prestación de Servicios Educativos y Administración de Plazas Docentes de la Secretaría de Educación²⁹, señalaron que «[...] en la planta de cargos de la Alcaldía del Municipio de Pereira, no existe personal suficiente para la “Prestación de servicios para realizar actividades de apoyo operativo y asistencial en uno de los Establecimientos Educativos Oficiales del Municipio de Pereira o donde la Secretaría de Educación Municipal lo requiera por necesidad del servicio”, por tal razón, es necesario contratar personal para la realización de dicha actividad.»

En punto a la existencia del cargo de celador en la planta de personal de la entidad territorial, se tiene que en Oficio 15401 del 24 de abril de 2015³⁰ la referida Directora informó que su dependencia verificó la cantidad de puestos aprobados por el Ministerio de Educación Nacional, adscritos a la planta global de la Secretaría Municipal de Pereira, dentro de los que se encontraba un total de 61 celadores.

El contenido de los documentos referenciados, aunado a lo manifestado por los deponentes en la audiencia de testimonios, permite concluir que, en efecto, y pese a que la demandada contaba con empleados nombrados legal y reglamentariamente para el cumplimiento de actividades concernientes a la celaduría y vigilancia de las instituciones educativas, las necesidades del servicio requirieron la contratación de personal adicional con el que se pudiera atender los requerimientos funcionales y misionales de la entidad, en este caso de la Secretaría de Educación Municipal; de lo que se sigue además, que salvo la diferencia en la vinculación y las prerrogativas que la misma implica según se trate de contrato de prestación de servicios o de una relación legal y reglamentaria, los contratistas debían estar sometidos a similares

²⁸ Folios 32 a 35, C1.

²⁹ Folio 37, C1.

³⁰ Folio 50, C1.



condicionamientos de tipo laboral que los empleados de planta, en la prestación de su servicio.

De esta manera, encuentra coincidente la Sala lo descrito por los declarantes, al reiterar que debían atender las directrices horarias impuestas por los rectores de los planteles educativos, así como que la gestión de permisos para ausentarse de las labores debía ser tramitada ante dichos superiores.

Ahora bien, frente al caso de aquellas personas que han sido contratadas por una entidad pública a través de contratos u órdenes de prestación de servicios para realizar funciones de celaduría, vigilancia o conserjería, esta Subsección ha considerado que en el ejercicio de tales funciones no es posible identificar las ya referidas características de autonomía e independencia propias de una relación contractual³¹.

Lo anterior deviene necesariamente de la labor y las actividades que, en sí mismas comprenden la continua y permanente prestación personal del servicio, que no es otro que el de garantizar la seguridad de las instalaciones, el personal y los bienes encomendados.

De esta manera, bien podría entenderse que, por la esencia de las actividades a desarrollar, este tipo de objetos contractuales implican de manera inescindible el elemento de la subordinación. En tal sentido, el servicio de celaduría, vigilancia o conserjería, así contratado también se encuentra desprovisto de la transitoriedad o temporalidad que reviste una vinculación de carácter contractual.

En efecto, esta Corporación ha indicado sobre el particular lo siguiente³²:

«[...] Advierte la Sala que 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.

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

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

De igual forma, y en anterior oportunidad, la Subsección B concluyó en punto al elemento de la subordinación en servicios de vigilancia, que³³:

³¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: William Hernández Gómez. Radicación: 66001 23 33 000 2013 00155 01. Número interno: 1470-2014. Bogotá D.C., agosto 24 de 2017.

³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Alfonso Vargas Rincón. Radicación: 05001233100020040374201. Número interno: 2027-2012. Bogotá D.C., mayo 2 de 2013.

³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve. Radicación: 05001233100020040039101. Número interno: 0151-2013. Bogotá D.C., julio 10 de 2014.



«[...] En tales condiciones, dado que la actividad desarrollada por el contratista, referente al servicio de vigilancia, implicaba la subordinación y dependencia, es claro que se desvirtuó el contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes y en tales condiciones hay lugar a declarar la existencia de una relación laboral, al encontrarse demostrados los elementos que la configuran.[...]»

La jurisprudencia en cita, sumada a la relación testimonial y probatoria de la labor encomendada por la Secretaría de Educación del municipio de Pereira al señor Edgar de Jesús Botero Torres, por virtud de los contratos de prestación de servicios que suscribió, dan cuenta de la configuración del elemento sustancial de subordinación, pues advierte la Sala que el demandante debía cumplir con los horarios y turnos de trabajo definidos por el Rector de las instituciones educativas a las cuales había sido designado, quien a su vez se encontraba facultado para tales menesteres en razón al clausulado previsto en los contratos de prestación de servicios, y cuyas otras actividades también eran de su potestad y disposición.

Así, el rector como representante del plantel educativo, adscrito a la Secretaría de Educación del municipio de Pereira, también fungía como representante de dicha entidad territorial al impartir las directrices para el cumplimiento del servicio del señor Botero Torres, implicando una total dependencia y sumisión a las instrucciones de la contratante; es por ello que, contrario a lo afirmado por la entidad recurrente, en el presente caso no se está frente a una prestación del servicio independiente y autónoma.

En lo que toca a la vinculación mediante empresas de servicios temporales, y su relevancia en la determinación del contrato realidad reclamado, así como para la verificación de la continuidad del vínculo contractual, observa la Sala que el Representante Legal de la empresa Servitemporales S.A., hizo constar mediante documento de fecha 23 de octubre de 2015, que el demandante tuvo un contrato de obra o labor determinada, y que fue suministrado como empleado en misión para la Alcaldía de Pereira, en calidad de conserje para el periodos 1.º de octubre a 11 de diciembre de 2010³⁴.

Así mismo, con la demanda se aportaron los contratos firmados entre la EST y el señor Botero Torres, en donde se visualizan como fechas de inicio el 1.º de enero y el 8 de octubre de 2010, y como duración del acuerdo bilateral «[...] el tiempo que dure la ejecución del contrato de prestación de servicios con la empresa usuaria. Contrato No. 1971 de 2010»³⁵.

Obra entonces en el expediente, contrato 1971 del 29 de diciembre de 2009, suscrito entre el municipio de Pereira y Servitemporales S.A. cuyo objeto se circunscribe a la «Prestación de servicios de administración y suministro de personal temporal de apoyo técnico, administrativo y operativo en los planteles educativos oficiales del municipio de Pereira para la vigencia 2010.»³⁶

La relación fáctica aquí descrita, permite considerar debidamente acreditado que el señor Edgar de Jesús Botero Torres, también prestó sus servicios al municipio de Pereira a través de la EST Servitemporales S.A., y el tiempo certificado por aquella, y los documentos valorados en el expediente serán revisados para los efectos del reconocimiento prestacional.

³⁴ Folio 38, C1.

³⁵ Folios 39 a 40, C1.

³⁶ Folios 52 a 58, C1.

Finalmente, se demostró la permanencia del demandante en la entidad territorial, pues fue contratado para la prestación de sus servicios como vigilante y/o conserje por más de 4 años, a través de diversos vínculos sucesivos con objetos semejantes, como se desprende de las contratos allegados al dossier, situación que desvirtúa el uso de la figura del contrato de prestación de servicios, al igual que la contratación con empresas de servicios temporales, en tanto no se trata de labores ocasionales, accidentales o transitorias, pues los servicios contratados contradicen el carácter temporal propio de este tipo de acuerdos.

En conclusión: al haberse demostrado en el proceso la presencia de los elementos que configuran una relación laboral encubierta o subyacente, debe declararse la existencia de una relación laboral encubierta entre el municipio de Pereira y el señor Edgar de Jesús Botero Torres, por el periodo durante el cual estuvo vinculado directamente con la entidad territorial y a través de la empresa de servicios temporales Servitemporales S.A.

Segundo problema jurídico.

¿Hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción extintiva del derecho, al haber transcurrido más de tres años entre la finalización de todos o algunos de los periodos contractuales y la reclamación administrativa?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: los interesados en la declaratoria de existencia de un contrato realidad no pueden exonerarse de su deber de reclamar el derecho dentro de los tres años siguientes a la finalización del vínculo contractual; es por ello que, en el presente caso se encuentra configurado el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva respecto de las prestaciones sociales a las que tendría derecho el demandante toda vez que entre algunos de los contratos de prestación de servicios se verificaron interregnos superiores a 30 días hábiles de interrupción, por lo que, en atención a lo dispuesto en la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021, se deberá determinar que existió solución de continuidad.

Prescripción aplicada a contrato realidad

En materia de derechos laborales de los empleados públicos, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968³⁷ y 102 del Decreto 1848 de 1969³⁸ (reglamentario del primero), regulan que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dichas normas prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Particularmente, en cuanto al reconocimiento de la existencia de la relación laboral encubierta a través de un contrato de prestación de servicios, esta

³⁷ «**Artículo 41.** 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.»

³⁸ «**Artículo 102.** 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.

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.»

Sección, en sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016, estipuló las siguientes reglas respecto a la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad³⁹:

«[...] 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 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 de la Subsección)

Conforme con lo previsto en la sentencia de unificación jurisprudencial citada, en su aparte aquí transcrito, se tiene que:

³⁹ 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).



- El término para exigir el reconocimiento de una relación laboral con el Estado es de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual, y que pasado dicho tiempo se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella.
- En aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización.

Sobre el particular, la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 indicó:

«[...] Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. [...]».
(Subrayado de la Subsección)

Ahora, si bien es cierto que esta Sala ha sostenido en varias ocasiones, particularmente en el año 2018, que cuando existen múltiples contratos u órdenes de prestación de servicios y entre uno y otro se presentaban interrupciones de al menos un día, debe considerarse suficiente para determinar la interrupción el vínculo contractual, de manera que a partir de la finalización de cada uno de estos periodos debe iniciar la contabilización del término de prescripción, lo anterior fue revaluado ante la disparidad de criterios sobre el momento a partir del cual ha de contarse el fenómeno extintivo del derecho.

En tal sentido, y de conformidad con la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021⁴⁰, esta Sección ha adoptado un nuevo enfoque que considera menos lesivo para efectos de contabilizar dicho lapso, en tanto que se ha dispuesto fijar un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios, sin que este, se itera, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral.

Lo anterior permite aclarar que, en caso de múltiples vinculaciones contractuales en los que se presenten interrupciones, debe entenderse que, para efectos de determinar la fecha a partir de la cual empieza a correr el término prescriptivo, no habrá solución de continuidad cuando entre contrato y contrato no transcurran más de 30 días hábiles (sin perjuicio de que el juez contencioso pueda determinar un término superior en un caso específico).

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016). Bogotá, D. C., nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).



En otras palabras, si entre uno y otro vínculo contractual no transcurren más de 30 días hábiles de interrupción, el juez contencioso deberá determinar que no existió solución de continuidad, de modo que no podrá tener como extremo para contabilizar la prescripción la finalización del primer vínculo, en tanto, se reitera, a la luz de la jurisprudencia se debe entender que no hubo una ruptura del vínculo laboral y, por consiguiente, se debe contabilizar como una única relación.

Ahora bien, para la Sala resulta pertinente exponer que, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual. Razonamiento del cual debe concluirse que del hecho de que no hubo solución de continuidad solo lleva aparejado la no configuración de la prescripción extintiva frente a la reclamación de reconocimiento de la relación laboral encubierta, y no puede interpretarse como una obligación de la entidad pública a liquidar las prestaciones a las cuales resulte condenada, sobre los tiempos en los que se interrumpió la relación contractual.

Conforme a lo anotado en el primer problema jurídico, para la Sala está plenamente acreditada la vinculación contractual directa, y a través de empresas de servicios temporales del demandante con el municipio de Pereira, en los siguientes lapsos:

1er. periodo	Vinculación directa con el municipio de Pereira y a través de la EST Servitemporales S.A.	Del 01/06/09 al 31/12/10
2do. periodo	Vinculación directa con el municipio de Pereira	Del 01/03/12 al 30/05/13

Por su parte, no es posible extraer del material probatorio allegado al expediente, una causal justificativa que imponga a esta Sala analizar la posibilidad de ampliar el término de 30 días hábiles definido en la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021.

Como se ha indicado previamente, y vale la pena reiterar, la demanda persigue, entre otros aspectos, la declaratoria de existencia de una relación laboral subyacente o encubierta, entre el señor Edgar de Jesús Botero Torres y el municipio de Pereira, por el periodo comprendido entre el 1.º de junio de 2009 y el 30 de mayo de 2013; así como el reconocimiento y pago de las acreencias laborales por los lapsos en que el interesado prestó sus servicios como celador/vigilante/conserje a dicho ente territorial, esto es: entre el 1.º de junio de 2009 y el 31 de diciembre de 2009; entre el 20 de diciembre de 2010 y el 30 de diciembre de 2010; y entre el 1.º de julio de 2011 y el 30 de mayo de 2013.

De conformidad con lo señalado en la multicitada sentencia de unificación, el estudio de la prescripción deberá efectuarse siempre que se aborde y compruebe la existencia de la relación laboral reclamada, pues el hecho de que esté contenido el derecho pensional, que se recuerda, es imprescriptible no implica que esa imprescriptibilidad se haga extensiva a los demás derechos laborales que derivan del contrato realidad.



En ese sentido, y para los precisos efectos de esta decisión, se tiene que la última fecha en la que el demandante estuvo vinculado contractualmente con la entidad demandada, corresponde al 30 de mayo de 2013.

De acuerdo a la revisión efectuada en el plenario, se encuentra probado que la solicitud administrativa que perseguía el reconocimiento y pago de las acreencias laborales fue radicada ante la entidad demandada el 8 de octubre de 2015⁴¹.

Así, por tratarse de vinculaciones interrumpidas al servicio público, el término para contar la prescripción extintiva debe empezar a partir de la finalización de cada uno de los periodos laborados, lo que quiere decir que para el presente asunto y, de acuerdo a lo estimado en la sentencia de primera instancia, el plazo para reclamar los derechos prestacionales derivados del último periodo de vinculación laboral (2do. en el análisis aquí efectuado), comprendido entre el **1.º de marzo de 2012 y el 30 de mayo de 2013**, corrió hasta el 30 de mayo de 2016; luego, frente a este periodo no se evidencia la prescripción de las prestaciones causadas por virtud de la relación laboral comprobada.

Ahora, el análisis respectivo frente al 1er. periodo de vinculación, cuya última fecha corresponde al 31 de diciembre de 2010, permite concluir que con respecto a dicho lapso transcurrieron más de tres años, entre la finalización del último contrato de esta fase y la presentación de la petición tendiente al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que, se itera, ocurrió el 8 de octubre de 2015, por lo que debe concluirse que prescribieron las prestaciones causadas en el periodo anotado.

No obstante, de acuerdo con la sentencia de unificación del 26 de agosto de 2016, la prescripción no puede aplicarse a los aportes que por pensión se debían realizar por parte del empleador, que en este caso es el municipio de Pereira.⁴²

Dicha regla jurisprudencial tiene fundamento en: i) la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales⁴³; ii) el principio *in dubio pro operario*⁴⁴; iii) el derecho constitucional fundamental a la igualdad⁴⁵ y; iv) el principio de no regresividad en armonía con el mandato de progresividad⁴⁶.

⁴¹ Folios 4 y 5, C1.

⁴² «[...] En este orden de ideas, 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, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA)⁴², y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.[...]»

⁴³ «[...] que se orienta a que las prerrogativas reconocidas en las preceptivas que rigen la relación entre empleadores y trabajadores no se modifiquen en perjuicio de estos últimos, por cuanto tienen relación directa con el mejoramiento constante del nivel de vida y la dignidad humana.»

⁴⁴ «[...] conforme al cual en caso de duda ha de prevalecer la interpretación normativa más favorable a los intereses del trabajador, premisa contenida tanto en el artículo 53 de la Constitución Política como en el 21 del Código Sustantivo del Trabajo.»

⁴⁵ «[...] en virtud del cual el Estado debe propender por un trato igualitario para todos aquellos que prestan (o han prestado) sus servicios al Estado bajo una verdadera relación laboral, cualquiera que sea su denominación (servidor público o contratista), a quienes habrá de protegerse especialmente la posibilidad de acceder a un derecho pensional.»

⁴⁶ «[...] que implica el avance o desarrollo en el nivel de protección de los trabajadores, en armonía con el mandato de progresividad, que se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad [...].»



De igual forma, la sentencia de unificación en cita ordenó al Juez Administrativo estudiar en todos los procesos en los cuales proceda el reconocimiento de la relación laboral o contrato realidad, aunque no se haya solicitado expresamente, el tema concerniente a las cotizaciones adeudadas por la administración al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Y, en consecuencia, precisó que la imprescriptibilidad frente a los aportes a seguridad social en pensiones no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de Seguridad Social que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

Para el efecto, indicó que la administración se encuentra en la obligación de determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía al empleador, lo que permite concluir la improcedencia de la devolución de los valores cotizados al sistema pensional, cuando haya lugar al reconocimiento de la relación laboral.

En conclusión y de conformidad con los razonamientos precedentes, considera esta Subsección que al señor Edgar de Jesús Botero Torres se le extinguió el derecho, por prescripción, a los emolumentos deprecados como son las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, entre otros, a que habría lugar a reconocer y pagar entre el 1.º de junio de 2009 y el 31 de diciembre de 2010, excepto en lo relacionado con los aportes a seguridad social en pensiones por tratarse de una prestación imprescriptible, **para lo cual deberá observarse el lapso efectivamente ejecutado de los contratos** y las determinaciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Resulta necesario anotar que el juez de primer grado no valoró la certificación aportada con el escrito petitorio a folio 6 de la actuación, expedida por la Directora Administrativa de Prestación del Servicio Educativo y Administración de Plazas Docentes el 28 de febrero de 2012, en donde consta que el convocante también prestó sus servicios para la entidad territorial entre el 20 y el 31 de diciembre de 2010, por lo que si bien este periodo se encuentra prescrito para efectos prestacionales, habrá de tenerse en cuenta en el reconocimiento y pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones que efectuó el municipio de Pereira.

Por último, y toda vez que conforme se desprende de los testimonios previamente referenciados, durante el tiempo en que el señor Botero Torres estuvo vinculado por intermedio de la EST Servitemporales, le fueron reconocidas y pagadas las prestaciones sociales de ley y las correspondientes a la Seguridad Social Integral, deberá entenderse que las disposiciones que aquí se toman no resultan extensivas a dicho lapso.

Tercer problema jurídico

¿Al declararse la existencia de la relación laboral con ocasión de los contratos de prestación de servicios suscritos directamente con la entidad demandada, y las vinculaciones mediante terceros intermediarios, cómo debe restablecerse el derecho del demandante, específicamente en lo que refiere al

reconocimiento y pago de los aportes a Caja de Compensación Familiar; a la sanción moratoria por el retardo en la consignación del auxilio de cesantías y de las prestaciones sociales; y a la dotación de vestuario y calzado?

Restablecimiento del derecho derivado de la existencia de la relación laboral

Esta Subsección ha venido expresando que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer evidente la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir al precepto constitucional del artículo 53 de la Carta Política que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos instituidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones de quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

Así las cosas, la consecuencia de probar la existencia de la relación laboral o de la vinculación legal y reglamentaria es el reconocimiento de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que no se cancelaron a la demandante. Empero, el reconocimiento de la aludida relación, no implica conferir la condición de empleado público, en tanto que, para que ello suceda, se deben acreditar los requisitos regulados en los artículos 122 y 125 de la Constitución Política, por ende, el restablecimiento del derecho se ordena a título indemnizatorio, por las prestaciones sociales dejadas de percibir.

Al respecto, la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, dictada por esta corporación, señaló:

«[...] 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.

Pero lo anterior no es óbice para que la persona (demandante) reclame el pago de los perjuicios que estime le fueron causados por el acto presuntamente ilegal, pues en virtud del artículo 138 del CPACA *“Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; **también podrá solicitar que se le repare el daño**”, sin embargo, aquellos deben acreditarse a través de los medios probatorios que el sistema normativo prevé.*

Ahora bien, en lo que atañe al ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el docente vinculado por contrato de prestación de servicios, cabe anotar que este corresponderá a los honorarios pactados [...]».

En punto a cuáles son las prestaciones sociales susceptibles de ser reconocidas, es del caso precisar que, esta Subsección, en providencia del 21 de junio de 2018⁴⁷, indicó:

«[...] Ahora bien, en este punto con el fin de determinar cuáles son **las prestaciones sociales** que se deberán reconocer a título de reparación del daño integral al declararse una relación de carácter laboral, la Sala acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas.

En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral.

Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son entre otras las primas, las cesantías; y las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización.

Así, que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso [...]»⁴⁸.

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

⁴⁷ Ver sentencia del 21 de junio de 2018, con ponencia del Suscrito ponente, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 08001-23-31-000-2011-00413-01 (1608-14), interpuesta por la señora Zunilda Mercedes Domínguez Moreno en contra de la E.S.E. Hospital Local de Malambo.

⁴⁸ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B, Sentencia del 18 de septiembre de 2014, Expediente No. 68001-23-33-000-2013-00161-01 (0739-2014) Actor: Elkin Hernández Abreo.



Encuentra la Sala que, en el recurso de apelación elevado por el demandante, se cuestiona que por parte del tribunal de primera instancia no se haya reconocido y ordenado el pago de los aportes a la Caja de Compensación Familiar, así como de la sanción moratoria por la cancelación tardía del auxilio de cesantías y de las prestaciones sociales a que hay lugar con ocasión de la declaratoria de existencia de una relación laboral.

Al respecto se procede a efectuar el siguiente análisis:

Sobre los aportes a la Caja de Compensación Familiar

Por medio de la Ley 21 de 1982 se modificó el régimen del subsidio familiar y se regularon las disposiciones concernientes a las Cajas de Compensación Familiar destinadas a cumplir, entre otras funciones, las concernientes a desarrollar actividades de seguridad social y programas de servicios.

Manifiesta el demandante en el recurso de alzada su inconformidad, con el hecho de que la sentencia de primera instancia no accedió al reconocimiento y pago de las cotizaciones a la caja de compensación familiar, bajo el argumento de no haberse acreditado en el plenario su causación, ni los requisitos previstos en la Ley 21 de 1982.

Al respecto se precisa que, de conformidad con el artículo 39 de la referida ley, «las Cajas de Compensación Familiar son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, cumplen funciones de seguridad social y se hallan sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la ley.»

A su turno el artículo 41, previó como sus funciones las siguientes:

«ARTÍCULO 41. Adicionado por el Artículo 16 de la Ley 789 de 2002. Las Cajas de Compensación Familiar tendrán entre otras, las siguientes funciones:

1. Recaudar, distribuir y pagar los aportes destinados al subsidio familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), las escuelas industriales y os Institutos Técnicos en los Términos y con las modalidades de la ley.
2. Organizar y administrar las obras y programas que se establezcan para el pago del subsidio familiar en especie o servicios, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 62 de la presente Ley.
3. Ejecutar, con otras Cajas o mediante vinculación con organismos y entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de seguridad social, programas de servicios, dentro del orden de prioridades señalado por la ley.
4. Cumplir con las demás funciones que señale la ley.»

De lo que se sigue que la entidad encargada de recaudar y administrar los recursos que los empleadores descritos en el artículo 7 de la Ley 21, deben efectuar, es la caja de compensación familiar.

Bajo tal entendido, jurisprudencialmente se ha sostenido que la naturaleza de los aportes realizados a dichas entidades de derecho privado, es de carácter parafiscal⁴⁹, y en esa medida se han identificado las siguientes características:

«Respecto de los aportes administrados por las mencionadas Cajas, la jurisprudencia nacional ha identificado las siguientes características:

- i) Están destinados a pagar una prestación social.
- ii) Tienen la calidad de recursos públicos.
- iii) Buscan proteger integralmente a la familia.
- iv) Constituyen una herramienta para la consecución de los objetivos de la política social y laboral del gobierno.
- v) Tienen la triple condición de prestación legal de carácter laboral, mecanismo de redistribución del ingreso y función pública desde la óptica de la prestación del servicio.
- vi) El subsidio familiar no constituye salario, y
- vii) Pretenden aliviar las cargas económicas del trabajador.

En lo que respecta a la naturaleza de los aportes que reciben las Cajas de Compensación en su calidad de administradores del subsidio familiar, la legislación colombiana y la jurisprudencia le han otorgado la calidad de recursos parafiscales. Así, el Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, señaló en su artículo 2.2.7.5.3.2:

"Los recursos que administran las Cajas de Compensación Familiar están destinados a la atención de las prestaciones y servicios de la seguridad social y demás finalidades que prevea la ley y no podrán comprometerse para fines diferentes.

Los que provengan de los aportes obligatorios pagados por los empleadores y por las cooperativas de trabajo asociado tienen la condición de recursos parafiscales y como tales, su administración se rige por las disposiciones legales correspondientes.

En la misma dirección se ha pronunciado la jurisprudencia nacional, la cual ha indicado que los recursos administrados por las Cajas de Compensación Familiar son resultado de la potestad tributaria del Estado. Así, se ha señalado:

"Siendo los recursos de seguridad social que manejan las Cajas de Compensación Familiar, el resultado de la potestad tributaria del Estado ejercida a través del Congreso de la República (Artículos 150-12 y 338 Superiores), es importante traer a colación, lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, en cuanto a las contribuciones de carácter parafiscal:

(...)

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: William Zambrano Cetina. Bogotá D.C., dos (02) de diciembre de dos mil quince (2015). Radicación número: 11001-03-06-000-2015-00144-00(2267).

En este orden de ideas, resulta claro que los recursos de carácter parafiscal que administran las Cajas de Compensación Familiar son de naturaleza pública, en tanto constituyen una fuente de financiación que el Estado consagra en beneficio de un sector, aunque desde la perspectiva presupuestal no entren a engrosar las arcas del Presupuesto General de la Nación, no sean ingresos corrientes y no tengan que reflejarse para ningún propósito en dicho presupuesto".

Igualmente, la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-337 de 2011 calificó los mencionados aportes como recursos parafiscales atípicos indicando:

"En lo que respecta a la financiación del subsidio, éste ha sido clasificado por la jurisprudencia como una contribución parafiscal atípica. En efecto, al mismo tiempo que la Corte ha puesto de presente el carácter de prestación social que tiene el subsidio familiar, ha indicado también que la manera como han sido regulados los recursos que manejan las cajas de compensación familiar permite concluir que son recursos provenientes de una exacción parafiscal de naturaleza atípica. Ello significa que la administración y destinación de esos recursos debe ceñirse exclusivamente a lo determinado en la ley".

Lo anterior, ha permitido concluir a la jurisprudencia nacional que los recursos administrados por las Cajas de Compensación Familiar corresponden a un asunto de naturaleza tributaria.» (Cursiva del texto original)

Tal y como se encuentra planteada la pretensión en el escrito introductorio, y la petición expuesta en el recurso de apelación, la solicitud se circunscribe a «pagar [...] – a título de indemnización – las cotizaciones a la caja de compensación familiar [...]»⁵⁰.

Así, no habiendo cuestionamiento alguno en lo que respecta al subsidio familiar, no hay lugar a revisar si de conformidad con las disposiciones del artículo 18 de la Ley 21 de 1982 se cumplieron por parte del señor Edgar de Jesús Botero Torres, los requisitos para obtener su reconocimiento y pago.

Ahora, dado que los planteamientos de los escritos petitorio y de apelación buscan la cancelación del valor monetario de los aportes que le hubiese correspondido efectuar al empleador a favor del interesado, considera la Sala que no resulta procedente el reconocimiento en dichos términos, en tanto la naturaleza de las mencionadas cotizaciones es de carácter parafiscal, y los mismos no están destinados a engrosar el patrimonio del demandante como consecuencia de la prestación de sus servicios, sino que representan un recurso público cuyo uso abarca diferentes funciones estatales dentro de las que se encuentra la atención de las prestaciones y servicios de la seguridad social.

Finalmente, y distinto a lo que ocurre con los aportes al sistema de Seguridad Social en salud y pensión, las cotizaciones a las cajas de compensación familiar, no le implicaron al convocante una erogación en la que tuviera que incurrir por virtud de su vinculación contractual.

Sobre la sanción moratoria

Refiere el demandante como argumentos de su disenso, que la jurisprudencia de esta Corporación ha venido sosteniendo que la sentencia que reconoce la

⁵⁰ Folio 74, C1.



existencia de una relación laboral, tiene carácter constitutivo de derechos; sin embargo, bajo su entendimiento, el hecho de haber cambiado el momento a partir del cual se debe contabilizar el término de prescripción de los 3 años, implicó que la providencia haya dejado de ser constitutiva para tener una naturaleza declarativa y, en esa medida, corresponde al empleador la obligación de pagar la indemnización moratoria respecto de los emolumentos que se derivan del contrato realidad, desde el instante en que finalizó el último contrato de prestación de servicios.

Al respecto, se debe precisar que las sentencias declarativas tienen por objeto confirmar la consolidación de un derecho o una situación jurídica preexistente, es decir, no lo crean.

Por su parte, las providencias constitutivas a diferencia de aquellas, crean, modifican o extinguen dicho derecho o situación jurídica.

Así, el carácter prescriptivo de las prestaciones sociales, que se recuerda son reconocidas a **título de indemnización**, no deviene de la preexistencia del derecho que se deriva de la relación laboral, que se recuerda, solo nace a la vida jurídica por virtud de la sentencia que así lo dispone, sino del deber legal que recae sobre el interesado de efectuar la reclamación administrativa de la indemnización en el tiempo señalado en la ley, que para dichos efectos comprende un término de 3 años contados a partir de la fecha en que terminó el último vínculo contractual.

Ello en tanto no puede desconocerse, que la relación que existía entre las partes, en principio, se encuentra debidamente amparada por las condiciones del acuerdo bilateral, que no implicaban contrato de trabajo y, en consecuencia, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

Bajo los anteriores argumentos, no es cierto como lo indica el demandante que la sentencia que reconoce la relación laboral es a la vez constitutiva y declarativa, pues como bien lo indicó el escrito de impugnación de la sentencia, la jurisprudencia de esta Sección ha sido clara en señalar que la sentencia en materia de contrato realidad es constitutiva y en ese entendido, es a partir de ella que nacen los derechos laborales exigidos en el proceso.

En tal orden de ideas, no es posible ordenar el pago de la sanción moratoria por la no consignación o pago de las cesantías y de las prestaciones sociales a favor del demandante, toda vez que no puede decirse que la entidad territorial ha incurrido en mora en tanto que, es a partir de la ejecutoria de la sentencia que declara la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente que surge para la entidad demandada la obligación de pagar las prestaciones sociales, que se itera tiene carácter indemnizatorio, en los términos señalados en el CPACA y demás normas concordantes.

Sobre la dotación de calzado y vestido de labor

Observa la Subsección que el municipio de Pereira manifestó en su escrito de apelación, no estar de acuerdo con la decisión del *a quo* de condenar al reconocimiento y pago en dinero de la dotación en vestido y calzado, toda vez que se trata de una prestación laboral y no social a la cual no tienen derecho las personas vinculadas a través de contratos de prestación de servicios.

La Ley 70 de 1988 dispuso el suministro de calzado y vestido de labor para los empleados del sector público, al prever en su artículo 1.º que:

«Los empleados del sector oficial que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, tendrán derecho a que la entidad con que laboran les suministre cada cuatro (4) meses, en forma gratuita, un par de zapatos y un (1) vestido de labor, siempre que su remuneración mensual sea inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente, Esta prestación se reconocerá al empleado oficial que haya cumplido más de tres (3) meses al servicio de la entidad empleadora.»

Por su parte, el artículo 1.º del Decreto 1978 de 1989 hizo extensivo el beneficio de dotación y calzado de labor a los trabajadores vinculados mediante relación legal y reglamentaria o por contrato de trabajo de las entidades territoriales, al señalar que la referida prestación es aplicable a «Los trabajadores permanentes vinculados mediante relación legal y reglamentaria o por contrato de trabajo, al servicio de los Ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta tanto en el orden nacional como en las entidades territoriales; tendrán derecho a que la respectiva entidad les suministre en forma gratuita, cada cuatro meses, un par de zapatos y un vestido de trabajo.»

A su turno, el artículo 3.º de dicho compendio contempló como requisitos para acceder a la dotación que «[...] el trabajador debe haber laborado para la respectiva entidad por lo menos tres (3) meses en forma ininterrumpida, antes de la fecha de cada suministro, y devengar una remuneración mensual inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente.»

En anteriores oportunidades esta Corporación había sido de la postura de no reconocer la prestación de dotación de calzado y vestido de labor con ocasión de la declaratoria de existencia de una relación de trabajo, bajo el entendido de que la misma correspondía a una prestación de carácter laboral y no social, a la cual no tenían derecho los contratistas.

Sin embargo, la línea jurisprudencial en materia de dicha reclamación ha variado, y la misma se ha visto reflejada en la adición a la sentencia proferida dentro del proceso radicado 66001-23-33-000-2016-00951-01(0741-14) en la que se analizan cuestiones similares a las aquí ventiladas⁵¹:

«[...]la Sala se aparta de dicha posición, en cuanto i) las disposiciones contenidas en el Artículo 1 del Decreto 1979 de 1989, extendió el beneficio de dotación y calzado de labor para los trabajadores vinculados mediante relación legal y reglamentario o por contrato de trabajo de las entidades territoriales y, ii) la Corte Constitucional mediante sentencia C – 995 de 2000, definió la naturaleza jurídica del suministro de calzado y vestido de labor como una “prestación social”, en donde la competencia para su reconocimiento recae en el sector público y se encuentra sometida a normas que emanan de la propia Constitución, [...]».

Bajo tal panorama se tiene que el señor Edgar de Jesús Botero Torres, devengó una remuneración mensual inferior a dos salarios mínimos

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente: César Palomino Cortés. Bogotá, D. C., quince (15) de julio de dos mil veintiuno (2021).

mensuales legales vigentes durante el lapso en el que se acreditó la relación laboral, y cuyas prestaciones sociales no se encuentran prescritas (1.º de marzo de 2012 a 30 de mayo de 2013); ello por cuanto de las certificaciones se desprende que para el año 2012, percibió honorarios por valor de 1.091.000 y para el año 2013, por valor de 1.134.640, montos que no superan el doble del salario mínimo referido que para la época era de 1.133.400 – año 2012, y 1.179.000 - año 2013.

Así mismo, el demandante demostró haber laborado para el municipio de Pereira por un periodo superior a tres meses, en forma ininterrumpida.

Lo expuesto permite entonces concluir que, el señor Botero Torres tiene derecho al reconocimiento y pago de la dotación de vestido y calzado en los términos en que fue decidido en la sentencia de primera instancia.

Cuarto problema jurídico

¿Hay lugar a reembolsar al demandante las sumas pagadas por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensión?

Al respecto la Sala sostiene la siguiente tesis: de conformidad con la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021, el reconocimiento al que hay lugar en materia de seguridad social, específicamente frente a los aportes a salud y pensión, comprende únicamente el pago de los porcentajes que debieron haber sido cotizados por el empleador al fondo de pensión respectivo, durante el tiempo en que se acreditó la relación laboral.

Sea lo primero indicar que que en el caso concreto la orden de devolución de aportes a seguridad social en pensión y salud no fue objeto de apelación por parte de la demandada, pues sobre este punto sus argumentos se encuentran dirigidos de manera general a la improcedencia del reconocimiento y pago de prestaciones sociales a favor del demandante. Sin embargo, extender el argumento del recurso a la orden impartida por el juez de primera instancia, no comprende para esta Sala vulneración al principio de la *no reformatio in peius* en tanto que, si bien a primera vista la providencia bajo análisis ordenó efectuar las cotizaciones a que haya lugar con ocasión del contrato realidad develado, también dispuso como opción la devolución de dichas cotizaciones a favor del convocante, lo que desconoce la naturaleza y finalidad de los aportes a seguridad social en salud y pensión, conforme pasa a explicarse.

Como se indicó en precedencia, la sentencia de unificación del 26 de agosto de 2016 ordenó al Juez Administrativo estudiar en todos los procesos en los cuales proceda el reconocimiento de la relación laboral o contrato realidad, aunque no se haya solicitado expresamente, el tema concerniente a las cotizaciones adeudadas por la administración al Sistema de Seguridad Social en Pensiones

Dicha circunstancia conlleva a que, con fundamento en la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021, también se verifiquen los aspectos relacionados con la orden impartida por el tribunal de primera instancia de devolver los aportes efectuados por el interesado al Sistema de Seguridad Social en Salud, por razón de su naturaleza y finalidad.

Así, la mencionada providencia de unificación del 9 de septiembre de 2021, sostuvo en materia de devolución de aportes a salud y pensión lo siguiente:

«[...]

161. Finalmente, por albergar el fundamento de la interpretación que aquí se adopta, merece especial consideración lo señalado por la misma Corte Constitucional en la Sentencia **C-895 de 2009**, que frente a la protección constitucional de los recursos de la Seguridad Social y la destinación específica de los aportes a salud y pensión, expuso, de manera concreta, lo siguiente:

Teniendo en cuenta este mandato superior, la jurisprudencia ha reconocido de manera uniforme y pacífica que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en salud como en pensiones, con independencia de la denominación que de ellos se haga (cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, copagos, tarifas, deducibles, bonificaciones, etc.), **no pueden ser utilizados para propósitos distintos a los relacionados con la seguridad social debido a su naturaleza parafiscal**. Al referirse al alcance del artículo 48 de la Constitución en este aspecto, la Corte ha explicado lo siguiente:

“En relación con dicho precepto superior [artículo 48 CP] la Corte Constitucional en numerosas decisiones de tutela ha estado llamada a examinar el tratamiento que se debe dar a los recursos de la seguridad social que se encuentren depositados en entidades financieras en liquidación para asegurar precisamente el mandato de destinación y utilización exclusiva de los recursos de las instituciones de seguridad social.

Al respecto la Corte ha hecho énfasis en i) la naturaleza parafiscal de los recursos de la seguridad social tanto en materia de salud como en pensiones ii) en el tratamiento particular que debe dársele a dichos recursos en los procesos de liquidación de las entidades financieras y iii) en la imposibilidad de asimilar el caso de los depósitos de recursos parafiscales de la seguridad social en las entidades financieras con las indemnizaciones debidas por concepto de contratos de reaseguro de las enfermedades de alto costo”.

3.1.2 Esta Corporación de manera reiterada ha precisado en efecto que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en Salud (C-577/97, C-542/98, T-569/99, C1707/00) como en pensiones (C-179/97), llámense cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y pensiones y que, **al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global bien del Sistema General de Seguridad Social en Salud**, bien del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (C086/02, C-789/02). [Negrilla fuera de texto].

162. En definitiva, es claro que las anteriores sentencias se encuentran en armonía con el artículo 48 de la Carta, que consagra expresamente que «no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella»,⁵² [...].

163. En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social, el parágrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993 ordena a las empresas

⁵² Corte Constitucional, Sentencia C – 824 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimy Yepes.

promotoras de salud (EPS) manejar los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados «en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad». Esto, porque tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella.

164. Las anteriores razones han conducido a esta Sección⁵³ a considerar improcedente la devolución de los aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta. Como se ha indicado, en función de su naturaleza parafiscal,⁵⁴ estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».⁵⁵

165. Por consiguiente, dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla,⁵⁶ no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta. Además, reembolsar estos aportes implicaría contradecir al legislador, cuya voluntad, como se expuso, buscaba que su recaudo fuera directamente a las administradoras de servicios de salud, por tratarse, se itera, de contribuciones de pago obligatorio con una destinación específica y con carácter parafiscal.

166. En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, **frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal».**

De lo que se sigue la improcedencia del traslado de montos reconocidos por concepto de salud, a favor de la persona beneficiaria de una relación laboral encubierta o subyacente.

En cuanto al pago de las cotizaciones realizadas al sistema de seguridad social en pensiones, este aspecto de retribución, originado en la declaración de la existencia de la relación laboral, se acompasa con la imprescriptibilidad de los derechos pensionales en los términos definidos en la sentencia de unificación del 26 de agosto de 2016, y a los que se aluden en acápite precedente.

⁵³ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Radicado 76001 23 33 000 2012 00288 01 (3681 2013) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de 28 de septiembre de 2016. Radicación 76001 23 33 000 2012 00288 01 (3681 2013) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁵⁵ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Radicado 76001 23 33 000 2012 00288 01 (3681 2013) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁵⁶ Situación que también cambia y amerita mención especial con la entrada en vigor del **Decreto 1273 de 2018** « Por el cual se modifica el artículo 2.2.1.1.1.7, se adiciona el Título 7 a la Parte 2 del Libro 3 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, en relación al pago y retención de aportes al Sistema de Seguridad Integral y Parafiscales de los trabajadores independientes y modifica los artículos 2.2.4.2.2.13 y 2.2.4.2.2.15 del Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo»

Se reitera pues que, dicha prerrogativa no ampara la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, sino las cotizaciones adeudadas que podrían afectar la liquidación del monto pensional, y que se derivan de la relación de trabajo comprobada, que comprende la obligación, a cargo del empleador, de efectuar los correspondientes aportes al sistema.

De manera que no hay lugar a la reclamación de devolución de los pagos efectuados por este concepto por parte del contratista, sino al efectivo pago del porcentaje de cotización al sistema pensional que le correspondía al contratante por virtud de la mencionada relación de trabajo.

En esa medida, el beneficio derivado de la declaratoria de existencia de una relación laboral encubierta entre un particular y una entidad pública, en materia de seguridad social, solo abarca la obligación de la administración de determinar mes a mes si existe diferencia entre los porcentajes de cotización que se debieron efectuar por ésta y los realizados por el contratista para, en consecuencia, cotizar al respectivo fondo la suma faltante por concepto de aportes a pensión, en el porcentaje que le concernía como empleador.

Por tal motivo, en aplicación de las reglas de unificación aludidas, no resulta procedente la devolución de los valores pagados por el demandante por concepto de salud; y el reconocimiento a que hay lugar, en materia pensional, solo comprende el traslado de los aportes al fondo respectivo, en el porcentaje que le correspondía al contratante, conforme quedó suficientemente aclarado en líneas que anteceden, por lo que habrá de modificarse en lo pertinente la sentencia de primera instancia.

Finalmente es de anotar que tal y como se indicó en el segundo problema jurídico, el tribunal no valoró la certificación aportada con el escrito petitorio a folio 6 de la actuación, expedida por la Directora Administrativa de Prestación del Servicio Educativo y Administración de Plazas Docentes el 28 de febrero de 2012, en donde consta que el convocante también prestó sus servicios para la entidad territorial entre el 20 y el 31 de diciembre de 2010, por lo que si bien este periodo se encuentra prescrito para efectos prestacionales, habrá de tenerse en cuenta en el reconocimiento y pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones que efectuó el municipio de Pereira

Decisión de segunda instancia

Por las razones expuestas la Subsección modificará el numeral 1. de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, el cual quedará así:

«1. Declarar parcialmente probada la excepción de prescripción extintiva del derecho formulada por la entidad accionada, por el periodo comprendido entre el 1.º de junio de 2009 y el 31 de diciembre de 2010. No obstante lo anterior, el demandante tiene derecho a que el municipio de Pereira, realice las cotizaciones a pensión, por dicho periodo, por tratarse de una prestación imprescriptible.»

Así mismo, modificará el numeral 4. de la providencia recurrida, en los términos que a continuación se siguen:

«4. Condenar al municipio de Pereira a realizar las cotizaciones a pensión a favor del señor Edgar de Jesús Botero Torres, por el periodo durante el cual se comprobó la relación laboral, esto es, entre el 1.º de junio de 2009 y el 30 de mayo de 2013, observando para los efectos, el lapso efectivamente ejecutado de los contratos y las determinaciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en lo que respecta a las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, por el periodo en que el demandante prestó sus servicios a la demandada, por intermedio de la empresa de servicios temporales Servitemporales S.A., las mismas ya fueron efectuadas, por lo que no hay lugar a su cotización.»

Finalmente, confirmará en todo lo demás la sentencia apelada.

De la condena en costas

Esta Subsección en providencias del 7 de abril de 2016⁵⁷ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de condena en costas por lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁵⁸, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

⁵⁷ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

⁵⁸ «**Artículo 366. Liquidación.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente



g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso no se condenará en costas de segunda instancia a ninguna de las partes, toda vez que ni el recurso de apelación interpuesto por el municipio de Pereira, ni el elevado por la parte demandante tuvieron vocación de prosperidad.

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: Modificar el numeral 1. de la sentencia del 31 de mayo de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuso el señor Edgar de Jesús Botero Torres en contra del municipio de Pereira, así:

«1. Declarar parcialmente probada la excepción de prescripción extintiva de las prestaciones sociales a que tendría derecho el señor Edgar de Jesús Botero Torres, por el periodo comprendido entre el 1.º de junio de 2009 y el 31 de diciembre de 2010. No obstante lo anterior, el demandante tiene derecho a que el municipio de Pereira, realice las cotizaciones a pensión, por dicho periodo, por tratarse de una prestación imprescriptible.»

Segundo: Modificar el numeral 4. De la providencia recurrida, el cual queda de la siguiente manera:

«4. Condenar al municipio de Pereira a realizar las cotizaciones a pensión a favor del señor Edgar de Jesús Botero Torres, por el periodo durante el cual se comprobó la relación laboral, esto es, entre el 1.º de junio de 2009 y el 30 de mayo de 2013, observando para los efectos, el lapso efectivamente ejecutado de los contratos y las determinaciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en lo que respecta a las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, durante el periodo en que el demandante prestó sus servicios a la demandada, por intermedio de la empresa de servicios temporales Servitemporales S.A., las mismas ya fueron efectuadas, por lo que no hay lugar a su cotización.»

Tercero: Confirmar en todo lo demás la sentencia recurrida.

Cuarto: Sin condena en costas de segunda instancia por lo brevemente expuesto.

Quinto: A efectos de aceptar la renuncia de poder presentada por el abogado Cesar Augusto Arroyave Gil, identificado con cédula de ciudadanía 10.030.887 y tarjeta profesional 228.734 del Consejo Superior de la Judicatura, y toda vez que no se le había reconocido personería adjetiva para representar los intereses de la entidad demandada, se reconoce al abogado para que funja

quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]



como tal y, en esa medida las actuaciones que por él se hubiesen adelantado en nombre de la entidad tienen plena validez.

Así, seguidamente, se acepta la renuncia al poder otorgado por la parte demandada pues el apoderado acreditó haber informado a la entidad su renuncia a la representación encomendada⁵⁹.

Sexto: Ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en la aplicación "SAMAI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Subsección en la sesión de la fecha.

Firmado electrónicamente
WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmado electrónicamente
RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente
GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

La anterior manifestación fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando el código QR que aparece a la derecha, o accediendo a la dirección <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/> donde deberá ingresar el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.



⁵⁹ Folios 374 a 377, C1.