



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

CONSEJERO PONENTE: JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de julio de dos mil veinticuatro (2024)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Radicación: 66001-23-33-000-2017-00296-01 (2564-2020)
Demandante: Gloria Esperanza Toro Salgado
Demandado: Municipio de Pereira
Temas: Relación laboral encubierta. Contrato de prestación de servicios. Auxiliar de servicios generales-secretaria.
MODIFICA SENTENCIA.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes y la apelación adhesiva del Ministerio Público, contra la sentencia proferida el ocho (8) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) por el Tribunal Administrativo de Risaralda, por medio de la cual accedió a las pretensiones.

ANTECEDENTES

La señora Gloria Esperanza Toro Salgado instauró demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en contra del municipio de Pereira, con el fin de que se acceda a las siguientes:

PRETENSIONES

Que se declare la nulidad del oficio número 482295 del 22 de noviembre de 2016 y, como consecuencia, se declare que entre las partes existió un vínculo laboral entre el 21 de julio de 2004 y el 14 de febrero de 2016.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la entidad demandada a pagarle todos los salarios y prestaciones sociales que debió percibir durante el periodo mencionado; así como la indemnización por el no pago de cesantías.

Que, se ordene, como reparación integral del daño, reintegrar los porcentajes de cotización de la seguridad social y de la caja de compensación familiar.

HECHOS



La demanda se fundamentó en los hechos que se resumen de la siguiente manera:

Que prestó sus servicios al municipio de Pereira, como secretaria en diferentes instituciones educativas, entre el 21 de julio de 2004 y el 14 de febrero de 2016, a través de varias órdenes de trabajo y contratos de prestación de servicios.

Que, según el objeto y alcance de los contratos de prestación de servicios, debía cumplir, entre otras, con las siguientes actividades: (i) proyectar comunicaciones y oficios internos y externos; (ii) convocar a reuniones, organizar logística y levantar las actas del Consejo Directivo; (iii) manejar la agenda de reuniones; (iv) llevar de manera organizada el archivo institucional y (v) llevar el registro del SIMAT.

Que siempre estuvo subordinada a las órdenes de los rectores y/o directores de las instituciones educativas del municipio de Pereira donde prestó sus servicios. Además, atendió el mismo horario y las actividades que el personal administrativo de la planta de la entidad, desarrolló su labor en turnos de diez horas diarias de lunes a sábado, desde las 7:00 a. m. hasta las 5:00 p. m.

TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida mediante auto del 29 de agosto de 2017 y, notificada a la entidad demandada quien manifestó que no tuvo ningún vínculo laboral con la demandante y que su relación se limitó a la contratación por prestación de servicios.

Que no existió continuidad en la labor desempeñada, porque entre la suscripción de la mayoría de los contratos de prestación de servicios se presentaron interrupciones significativas.

Que tampoco se configuró la subordinación, pues contó con absoluta independencia y autonomía, se limitó a cumplir con el objeto contratado y las obligaciones inmersas en este y, en ningún momento recibió órdenes ni le fue impuesto un horario, la entidad solo emitió instrucciones generales necesarias para coordinar y velar por el buen desarrollo de las actividades contratadas.

Que, en todo caso, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, el cumplimiento de un horario o jornada de trabajo no es suficiente para declarar la existencia de una relación laboral y, en el caso concreto, el contratista desarrollaba sus funciones dentro de la jornada estudiantil, teniendo tiempo libre determinado. Que su vinculación estuvo justificada por la necesidad del servicio.

Propuso como excepciones la inexistencia de causa para demandar y cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

Se celebró audiencia inicial el 6 de noviembre de 2018, en la cual se fijó el litigio,



se surtió la etapa conciliatoria, se decretaron las pruebas solicitadas y se programó la audiencia para su práctica. Luego de agotado el periodo probatorio se dio traslado a las partes para que alegaran de conclusión y se dictó sentencia, la cual fue apelada dentro del término oportuno por el demandado y el Ministerio Público.

SENTENCIA OBJETO DE IMPUGNACIÓN

El Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante sentencia del ocho (8) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), encontró probado que la demandante prestó sus servicios como auxiliar administrativa con funciones de secretaria en algunos establecimientos educativos oficiales del municipio de Pereira, entre el 15 de abril de 2002 y el 12 de febrero de 2016, de manera subordinada.

Que cumplió un horario, atendió sus funciones bajo las directrices de los rectores de los establecimientos donde prestó sus servicios y recibió una remuneración.

Que, la subordinación estaba implícita en las actividades a cargo de la actora, pues una secretaria o auxiliar administrativa no puede tener ningún grado de autonomía o libertad para llevarlas a cabo; sus labores eran permanentes, debía atender a la comunidad educativa y estar al tanto de las necesidades que se presentaran durante la jornada lectiva.

Declaró probada la existencia de la relación laboral y, ordenó el reconocimiento de las prestaciones sociales, durante los periodos comprendidos entre el 1 de agosto al 15 de diciembre de 2011, 16 de enero al 15 de marzo, 3 de abril al 2 de agosto, 3 de agosto al 17 de septiembre, del 18 de septiembre al 1 de noviembre y del 2 de noviembre al 14 de diciembre todos estos de 2012, del 14 de enero al 21 de junio, 18 de julio al 17 de diciembre ambos de 2013, del 14 de enero al 20 de junio, 8 de septiembre al 30 de noviembre los dos de 2014, del 13 de enero al 12 de abril, del 13 de abril al 12 de junio, del 30 de junio al 29 de noviembre de 2015 y del 16 de enero al 12 de febrero de 2016, empleando como base para el cálculo de aquellas los honorarios pactados en los contratos.

Que, aunque se presentaron interrupciones de un mes y unos días, aquellas no influyen en el cómputo de la prescripción, porque, en los términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ese tiempo no era ostensiblemente amplio.

Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción extintiva de los derechos causados entre el 15 de abril de 2002 y el 20 de agosto de 2003, 1 de noviembre de 2003 al 12 de diciembre de 2003, 1 de mayo de 2004 al 31 de agosto de 2006 y del 1 de febrero de 2007 al 18 de diciembre de 2009, pues entre esos periodos se presentaron interrupciones superiores a dos meses, que desvirtúan la continuidad de la labor desempeñada y, la demandante no presentó la reclamación administrativa en los tres años siguientes a la finalización de esos acuerdos, ya que la petición se presentó el 4 de noviembre de 2016.



Condenó a la entidad a pagar la compensación en dinero de las dotaciones de vestido y calzado de labor, causadas entre el 1 de agosto de 2011 al 20 de junio de 2014 y del 8 de septiembre de 2014 al 12 de febrero de 2016, al encontrarse cumplidos los requisitos definidos en el artículo 1 de la Ley 70 de 1988. Que, también era procedente el pago directamente a la demandante de los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud de los tiempos no prescritos, al tratarse de una devolución o recobro de lo pagado por aquella.

Ordenó al municipio de Pereira reconocer los porcentajes de cotización a pensión durante el tiempo de cada contrato, considerando como Ingreso Base de Cotización los honorarios pactados mes a mes y, si hay diferencia entre los aportes realizados por la contratista y los que debieron efectuarse, hacer la respectiva contribución, en el monto correspondiente. También dispuso que el tiempo laborado por la demandante debía computarse para efectos pensionales.

Negó las demás pretensiones y, no condenó en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandada interpuso recurso de apelación indicando que no se configuró una relación laboral, pues los contratos de prestación de servicios atendieron los parámetros legales y en su ejecución no existieron manifestaciones de subordinación o dependencia.

Que la contratación de la demandante estuvo justificada por necesidades del servicio y no contar en la estructura de la administración municipal con personal de planta suficiente para atender las labores secretariales. Que, en el caso particular, la labor fue cumplida durante la jornada estudiantil y bajo las simples instrucciones del interventor del contrato, sin que tales situaciones por sí solas impliquen subordinación.

Que existió una simple coordinación en los usos y condiciones contractuales aceptadas para llevar a cabo la labor, lo que no se traduce en la configuración de una relación laboral ni desnaturaliza el vínculo bilateral legal.

Que la vinculación de la demandante no fue continua ni permanente pues entre cada uno de los contratos suscritos se presentaron interrupciones, que en muchos casos se prolongaron por más de dos años y que por esto, debe declararse la prescripción de varios periodos adicionales a los decretados por el juez de primera instancia.

Que no es procedente el reconocimiento de la compensación en dinero de las dotaciones de vestido y calzado, pues en la jurisprudencia del Consejo de Estado se indicó que no es una prestación social sino una laboral propia de los empleados públicos y, por tanto, no aplicable a los contratistas.



La demandante presentó recurso de apelación, en el que solicitó revocar la sentencia de primera instancia, en lo que le resultó desfavorable. En ese sentido, advirtió que tenía derecho al pago del trabajo suplementario y recargos de horas extras, por cuanto, a pesar de que no tiene ninguna prueba documental, en la demanda detalló cuál era su jornada laboral y los testigos lo ratificaron.

Que no operó la prescripción de los derechos laborales reclamados, porque no se presentaron interrupciones en su vinculación con la entidad territorial, en el periodo comprendido entre el 21 de septiembre de 2004 y el 30 de julio de 2011, prestó sus servicios al municipio de Pereira, como trabajadora en misión enviada por la Empresa de Servicios Temporales SERVITEMPORALES S.A., quien le pagaba el salario mínimo y las prestaciones sociales de ley.

Que el encubrimiento de la relación laboral daba lugar al pago de la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías causadas durante la vigencia de la relación laboral.

Ministerio Público, la Procuraduría 157 Judicial II para Asuntos de Conciliación Administrativa presentó apelación adhesiva, en el sentido de indicar que la interpretación del juez de primera instancia frente a la prescripción de los derechos reclamados no se ajusta a la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el tema, porque que en aquellos periodos en los cuales se presenta una interrupción contractual superior a quince días la prescripción debe analizarse de manera separada frente a cada uno de aquellos.

Que, por esa razón, en el particular, solo deben reconocerse los derechos laborales derivados de los contratos suscritos a partir del 8 de julio de 2013, cuya prestación en continuidad se prolongó hasta el 30 de noviembre de 2014; asimismo, frente a los acuerdos posteriores, porque, a pesar de que se presentaron interrupciones, la reclamación administrativa se formuló dentro de los tres años siguientes a la finalización de cada contrato.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto del quince (15) de octubre de dos mil veinte (2020), se admitió el recurso de apelación principal interpuesto por las partes y el adhesivo. De conformidad con el art. 247 de la ley 1437 de 2011, se dio traslado por el término de 10 días para la presentación de los alegatos de conclusión y, posteriormente se corrió el mismo término para el Ministerio Público.

La demandante reiteró los argumentos de la demanda, sobre la configuración de la relación laboral encubierta con el municipio de Pereira y la demostración del desarrollo de una labor permanente, continua y subordinada. Agregó que no opera la prescripción de los derechos reclamados, porque aquellos surgen con posterioridad a la declaración.



El demandado indicó que la parte actora no cumplió con la carga de probar que se configuró una relación laboral, solo aportó los contratos de prestación de servicios suscritos con la entidad territorial que muestran el vínculo contractual; además, los testigos no prueban los hechos descritos en la demanda, ni refieren situaciones particulares en las que pueda comprobarse la subordinación.

Que el cumplimiento de un horario o la supervisión contractual no daban cuenta por sí solos del encubrimiento de la relación, sino que obedecen a una simple coordinación.

Que operó la prescripción de los derechos laborales reclamados y no es viable reconocer el pago compensatorio de la dotación de vestuario y calzado, de conformidad con el criterio jurisprudencial sobre esos temas.

El Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

Se decidirá la controversia, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Problema jurídico

La Sala deberá verificar, en los términos de los recursos de apelación, si entre la demandante y el municipio de Pereira existió un vínculo laboral derivado de la prestación de servicios y, si como consecuencia de ello, la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones dejadas de percibir con ocasión de esa relación, tal como se decidió en primera instancia.

En caso de ser afirmativo el cuestionamiento anterior, se estudiarán los desacuerdos relativos a la prescripción de los derechos reclamados, la sanción moratoria, la compensación por la dotación de vestuario y calzado y, finalmente, si hay lugar o no a la condena en costas en segunda instancia.

Así como lo relativo al pago del trabajo suplementario y recargos de horas extras recurrido por la parte demandante

Marco normativo y jurisprudencial

Para resolver el fondo del asunto, se requiere hacer un análisis de las figuras del contrato de prestación de servicios y del concepto de relación laboral.

El Contrato Estatal de Prestación de Servicios, se encuentra consagrado en la Ley 80 de 1993 artículo 32.3, el cual dice:

«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».

En los contratos de prestación de servicios, se requiere que la prueba de la relación contractual sea palmaria, es decir, que se pueda determinar con claridad si entre el actor y la entidad demandada existía un verdadero contrato de prestación de servicios, o por el contrario una relación de tipo laboral, que es la que procede a analizarse.

La relación laboral comprende los siguientes elementos: la actividad humana que debe ser realizada personal, libre y conscientemente, la relación de dependencia o subordinación de una persona física a otra natural o jurídica y, a su vez, el elemento de la remuneración.

Este tema, de diferenciar el contrato de prestación de servicios y la relación laboral ha sido objeto de constantes controversias, por ello se trae a colación la sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997 de la Corte Constitucional, que expresa claramente las diferencias entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios, dice al respecto:

«Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo.

En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

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

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



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

De acuerdo con lo anterior, se colige que es la subordinación o dependencia el elemento que diferencia al contrato de prestación de servicios del contrato de trabajo o de la relación laboral, por esto, desvirtuar un contrato de prestación de servicios, demostrando la subordinación dará vía libre al nacimiento del derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, consagrado en el artículo 53 de la Constitución.

Acerca de los conceptos de subordinación y permanencia que son propios del concepto de empleo público, (relación de trabajo) se pronunció el Consejo de Estado en sentencia de unificación del nueve (09) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), en el proceso radicado No. 05001-23-33-000-2013-01143-01(1317-16) CE-SUJ2-025-21, con ponencia del consejero RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, en los siguientes términos:

«2.3.3.2. Subordinación continuada

102. De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye el **elemento determinante** que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio.²

103. La reiterada jurisprudencia de esta corporación –que aquí se consolida- ha considerado, como indicios de la subordinación, ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia; entre estas, se destacan las siguientes:

104. **i) El lugar de trabajo.** Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

105. **ii) El horario de labores.** Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.



106. **iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar.** Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del *ius variandi*,³ la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

107. **iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.** El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, 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, 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. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.

108. A este respecto, resulta preciso aclarar que el desempeño de actividades o funciones propias de una carrera profesional liberal (como en este caso la de abogado) no descarta, per se, la existencia de una relación laboral, pues, en la práctica, tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad. En cambio, la existencia del contrato de prestación de servicios sí exige que las funciones del contratista sean desarrolladas con un alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante que, en ningún caso, puede servir de justificación para ejercer comportamientos propios de la subordinación laboral.

(...)

3.1.4. Unificación del sentido y alcance de la expresión «término estrictamente indispensable» del numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

131. La autorización prevista en el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, para celebrar contratos de prestación de servicios cuando las actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, es esencialmente temporal; por lo tanto, este tipo de contratos, cuando se suscriben con personas naturales, no pueden concatenarse indefinidamente en el tiempo.

132. Siguiendo esa lógica, el «término estrictamente indispensable», al que alude la referida norma, tiene lugar en la fase precontractual, pues es en esta donde la entidad contratante aproxima, en función del objeto a contratar y de los recursos



disponibles, el tiempo máximo que estima «imprescindible» para su ejecución. En otras palabras, la vigencia del contrato debe ser por el tiempo necesario para ejecutar el objeto contractual convenido, y este debe estar sujeto al principio de planeación, que encuentra su manifestación práctica «en la elaboración de los estudios previos a la celebración del negocio jurídico, pues es allí donde deberán quedar motivadas con suficiencia las razones que justifiquen que la Administración recurra a un contrato de prestación de servicios».

133. No obstante lo anterior, en la práctica, durante el término de ejecución de los contratos, suele ocurrir que se presentan ciertas situaciones imprevistas que exijan su prórroga; por lo cual, en algunos casos, el tiempo estimado, ab initio, como «el ajustado enteramente a la necesidad», puede resultar insuficiente. En cualquier caso, las mismas razones que en su momento justificaron la planeación del contrato inicial y la suscripción de los contratos modificatorios del plazo de ejecución, deben encontrar soporte en los mencionados estudios previos.

134. En ese orden de ideas, la Sala unifica el sentido y alcance **del «término estrictamente indispensable» como aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento.**”(subrayas del texto original).

Corresponde, además por regla general a la parte actora demostrar, que en la ejecución del contrato se configuraron los elementos propios de una relación laboral como son: una actividad personal, un salario y la subordinación. Así lo ha consignado la jurisprudencia del Consejo de Estado en varias oportunidades:

“41. Aquí se debe precisar, que en materia probatoria, la presunción que se establece en la citada norma opera de forma distinta cuando se trata en materia laboral ordinaria, ya que se está dejando la carga de la prueba en manos del empleador, caso distinto ocurre, cuando se involucran relaciones entre los servidores públicos o particulares frente al Estado, los cuales deberán asumir esa carga siempre que intenten develar una relación laboral a través de un contrato de prestación de servicios.

42. En efecto, quien demande, tiene que desvirtuar inicialmente la presunción del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y consecuentemente la del acto administrativo mediante el cual se nombró. Es así, que es inminente que se prueben los elementos de la relación laboral, esto es, (i) la actividad personal del trabajador, (ii) subordinación continuada y dependencia del trabajador y (iii) remuneración como retribución del trabajo prestado, para que se pueda configurar un contrato de trabajo»¹.

Corolario de la relación empleador-trabajador, es el nacimiento de la obligación por parte del primero, de cancelarle al segundo, beneficios inherentes a su calidad, tales como las prestaciones sociales.

Debe aclararse que, tal y como lo precisó esta Corporación en la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021 antes aludida, cuando se reconoce la existencia de una relación laboral, al accionante le asiste el derecho al pago de

¹ Sentencia del 28 de octubre 2021, Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00393-01(3755-17).



prestaciones sociales a cargo de la administración, pero no es posible que por ello se le dé la categoría de empleado público al contratista sin que concurran los elementos previstos en el artículo 122 de la Constitución Política.

Resolución del caso concreto

De conformidad con las pruebas, se puede establecer que la demandante prestó sus servicios al municipio de Pereira mediante los contratos de prestación de servicios que se relacionan de la siguiente forma:

N.º de contrato u orden de prestación de servicios ²	Duración o plazo ³	Objeto o característica del trabajo o servicio	Valor
Orden sin número	21 de julio al 30 de septiembre de 2004	Prestar sus servicios como AUX. SERVICIOS GENERALES	\$ 371.653
Orden sin número	1 de octubre al 19 de diciembre 2004	Prestar sus servicios como Servicios Generales	\$ 371.653
Orden sin número	3 de febrero al 31 de marzo de 2005		\$ 396.032
Contrato sin número	2 meses 1 de abril al 31 de mayo de 2005	Prestar sus servicios de aseo en las instalaciones, muebles y utensilios en el Centro o Institución Educativa de naturaleza oficial	\$ 1.010.054
Orden sin número	1 al 30 de junio de 2005	Realizar labores de aseo en las instituciones educativas del municipio de Pereira	\$ 505.027
Orden sin número	18 de julio al 31 de agosto de 2005		\$ 757.540
Orden sin número	1 al 30 de septiembre de 2005		\$ 505.027
Orden 451	3 al 31 de octubre de 2005		\$ 505.027
Orden 452	1 de noviembre al 15 de diciembre de 2005		\$ 757.540
Orden 450	1 de febrero al 31 de marzo de 2006		\$ 1.010.054
Orden 451	7 de abril al 31 de mayo de 2006		\$ 1.010.054
Orden 452	1 de junio al 31 de julio de 2006		\$ 1.010.054

² Folios 22 a 91 del Cuaderno Principal 1.

³ Es de anotar que las fechas aquí relacionadas fueron extraídas de los contratos de prestación de servicios.



Orden 451	1 al 31 de agosto de 2006		\$ 505.027
Orden 449	1 al 28 de febrero de 2007		\$ 505.027
Orden 870	1 de marzo al 30 de abril de 2007		\$ 1.060.556
Orden 1456	2 de mayo al 30 de junio de 2007		\$ 1.060.556
Orden 2087	3 al 5 de julio de 2007	Apoyar la elaboración de la documentación que por el servicio educativo prestado deba expedir el establecimiento educativo de naturaleza oficial a petición de la comunidad educativa (Educadores, Padres de Familia, Educandos) y demás autoridades; Apoyo en la elaboración de la documentación requerida internamente en el establecimiento educativo.	\$ 57.997
Orden 2635	6 de julio al 30 de septiembre de 2007		\$ 1.662.592
Orden 3198	1 al 31 de octubre de 2007		\$ 579.974
Orden 3766	1 al 30 de noviembre de 2007		\$ 579.974
Orden 4338	3 al 17 de diciembre de 2007		\$ 289.987
Orden 547	21 de enero al 19 de febrero de 2008		\$ 618.310
Contrato 1427	9 meses y 26 días (4 de marzo al 29 de diciembre de 2008)	Realizar actividades de secretaria en el establecimiento educativo: MARIA DOLOROSA del municipio de Pereira o donde la Secretaría de Educación la requiera	\$ 6.100.658
Contrato 583	4 meses y 15 días (1 de agosto al 15 de diciembre de 2011)	Prestar los servicios de auxiliar en el establecimiento educativo SAN JOAQUIN del municipio de Pereira	\$ 3.478.946
Contrato 448	2 meses (16 de enero al 15 de marzo de 2012)	Contratación de 305 operarios con el fin de apoyar las actividades de digitación, expedición y archivo de los documentos oficiales, control de la documentación que constituyen el material bibliográfico y didáctico, mantenimiento, manutención de los proyectos productivos agropecuarios (...)	\$ 1.592.000
Contrato 904	4 meses (3 de abril al 2 de agosto de 2012)	Prestación de servicios para realizar actividades de apoyo operativo y asistencial en los establecimientos educativos oficiales.	\$ 3.184.000
Contrato 1429	1 mes y 15 días (9 de agosto al 23 de septiembre de 2012)		\$ 1.194.000
Contrato 1920	1 mes y 15 días (24 de septiembre al 7 de noviembre de 2012)		\$ 1.194.000
Contrato 2584	1 mes (9 de noviembre al 8 de diciembre de 2012)		\$ 796.000
Contrato 0617	5 meses (14 de enero al 13 de junio de 2013)		\$ 4.099.400



Contrato 11100933	1 mes (8 de julio al 7 de agosto de 2013)	Prestar servicios de apoyo a la gestión	\$ 819.880
Contrato 11101147	1 mes (8 de agosto al 7 de septiembre de 2013)		\$ 819.880
Contrato 11101872	2 meses (16 de septiembre al 31 de diciembre de 2013)		\$ 1.639.760
Contrato 11100486	5 meses y 8 días (13 de enero al 20 de junio de 2014)		\$ 3.279.520
Contrato 11101158	2 meses (7 de julio al 6 de septiembre de 2014)		\$ 1.639.760
Contrato 11101834	2 meses y 23 días (8 de septiembre al 30 de noviembre de 2014)		\$ 2.268.335
Contrato 11100434	3 meses (7 de enero al 7 de marzo de 2015 ⁴)		\$ 2.533.428
Contrato 11101072	2 meses (13 de abril al 12 de junio de 2015)		\$ 1.688.952
Contrato 11101750	5 meses (30 de junio al 29 de noviembre de 2015)		\$ 4.222.380
Contrato 484	1 mes (14 de enero al 14 de febrero de 2016)		\$ 844.476

De lo anterior, la Subsección observa que la demandante entre el 21 de julio de 2004 hasta el 30 de junio de 2007 se desempeñó en labores de servicios generales (aseo) y, en el último periodo, esto es, el comprendido entre el 3 de julio de 2007 y el 14 de febrero de 2016, las actividades fueron secretariales.

En ese sentido, si bien en obra una certificación del 16 de enero de 2018⁵ expedida por el municipio de Pereira – Secretaría de Educación Municipal, en la que se mencionó que la demandante prestó sus servicios como secretaria durante todo el tiempo en el que estuvo vinculada a la entidad territorial, lo cierto es que la señora Toro Salgado, durante los tres primeros años, se desempeñó en labores de aseo, lo cual puede constatar en las órdenes de prestación de servicios y las declaraciones de los testigos, siendo esta realidad la que prima sobre la certificación descrita.

En relación con la **subordinación**, se advierte que en las primeras órdenes de trabajo suscitadas entre el 21 de julio de 2004 hasta el 30 de junio de 2007

⁴ Teniendo en cuenta la fecha de suscripción del contrato y el plazo de ejecución definido en las cláusulas contractuales.

⁵ Folios 127 a 129 del Cuaderno Principal.



solamente se demarcó el objeto contractual, el cual corresponde a servicios de aseo en instituciones educativas del municipio de Pereira; asimismo, en casi todos los documentos, se estableció que el rector o director del establecimiento asignado sería el encargado de vigilar, controlar y supervisar la ejecución del contrato, así como de exigirle a la contratista la ejecución idónea y oportuna de las actividades a su cargo.

Por su parte, en la mayoría de las órdenes y contratos suscritos a partir de junio de 2007, correspondientes a las actividades secretariales, se estipulan las siguientes obligaciones a cargo de la demandante:

- (i) Llevar registros actualizados del SIMAT.
- (ii) Manejar la agenda de reuniones
- (iii) Proyectar y elaborar comunicaciones y oficios, tanto internos como externos.
- (iv) Llevar de manera organizada el archivo institucional.
- (v) Convocar a reuniones, organizar logística y levantar actas del Consejo directivo.
- (vi) Manejo y registro de la asistencia y deserción de los estudiantes.
- (vii) Atención al público tanto interno como externo.

Adicionalmente, el testimonio de Diana Julieth Flórez Soto, compañera de trabajo de la demandante, da cuenta de que esta estuvo vinculada con el municipio de Pereira desde el 2004, atendió las labores de auxiliar de servicios generales durante algunos años y, posteriormente y hasta el 2014 se desempeñó como secretaria en uno de los colegios oficiales de la entidad.

Que ambas actividades debía ejecutarlas en el establecimiento educativo asignado y estaba sujeta a las directrices y órdenes del rector. Que cumplía con un horario de ocho horas diarias de lunes a viernes, el cual era impuesto por el jefe inmediato y, debía solicitar permiso o autorización para ausentarse o faltar al lugar de trabajo.

La declaración del señor Ricardo Restrepo Jaramillo, a su vez, evidencia que la señora Gloria Esperanza Toro Salgado estuvo vinculada con la entidad demandada desde el 2004 como auxiliar de servicios generales en uno de los establecimientos académicos territoriales. Que dependía del rector, quien le asignaba las funciones y actividades que debía cumplir, le definía el horario o jornada laboral y otorgaba los permisos para faltar a sus labores.

Valoradas las pruebas mencionadas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, la Sala logra evidenciar que el manejo del trabajo de limpieza y aseo, y el secretarial, respectivamente, llevan inmersos la imposición de órdenes y directrices por parte de quienes, en efecto, pueden ejercer la línea de autoridad en la institución educativa.

En efecto, a partir de la generalidad de las órdenes de prestación de servicios



relativas a los servicios generales, es claro que las actividades a realizar, las áreas y tareas de limpieza específicas eran asignadas por el rector o director del centro, quien era el que determinaba las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se ejecutaba el objeto contractual. Esta situación fue corroborada por los testigos, quienes aludieron de manera detallada a la subordinación de la demandante en la ejecución de sus tareas.

Lo anterior, encuentra respaldo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre las labores de servicios generales, en las que ha dicho lo siguiente:

*«56. Ahora bien, en cuanto al requisito correspondiente a la “subordinación continuada y dependencia del trabajador”, esta se afirma por sí misma, en el objeto y las funciones transcritas de los contratos, como de otras especificidades determinadas en los mismos, atiéndase a que se escriben como obligaciones, **actividades de auxiliar de servicios generales, cuya naturaleza no es posible cumplir de forma liberal, con elementos propios y sin atención a horarios y órdenes superiores.***

(...)

*58. Entonces, constato el objeto, su alcance y las obligaciones contractuales, **se aprecian actividades que exigen para su ejecución necesaria dependencia y subordinación, aunado a que la labor fue de auxiliar (ASEADORA)**, por lo que la Sala al realizar una valoración bajo las reglas de la sana crítica de la pruebas allegadas al proceso, encuentra que es posible determinar la existencia de una relación laboral, siendo incuestionable el ánimo de la entidad contratante de emplear de modo permanente y continuo los servicios de la actora en consideración a la continuidad de la relación y poner de presente que dentro del acervo probatorio obrante es posible establecer que se configuró el elemento de la subordinación y continua dependencia.»⁶ (Negrillas para resaltar).*

Tampoco puede pensarse que la actora era autónoma e independiente en el desarrollo de las labores secretariales, porque aquello riñe con la naturaleza misma de los servicios, en ese contexto, las tareas relacionadas con la actividad a su cargo debían circunscribirse a las indicaciones particulares y puntuales de su jefe inmediato, pues de otra forma no podía elaborar los documentos solicitados, atender las llamadas telefónicas y suministrar información al público interno y externo del centro de formación.

Para la Subsección es evidente que la señora Toro Salgado no podía decidir ni disponer sobre el contenido y la forma de los memorandos o cartas, al tratarse de comunicaciones con un carácter oficial particular, para el que es requerida obviamente la dirección e instrucción de un jefe inmediato; lo mismo sucede con la atención de llamadas, en las que corresponde seguir una indicación puntual y contar con toda la disponibilidad de tiempo.

6 CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, 26 de agosto de 2021. Radicación número: 66001-23-33-000-2015-00154-01(3841-17)



Se destaca que esta corporación⁷ ha precisado que, en casos como estos, tratándose de labores secretariales y de servicios de gestión administrativa, por la misma naturaleza de las actividades y la sujeción en su desarrollo no puede entenderse la existencia de autonomía técnica o administrativa.

En el mismo sentido, en la sentencia del 25 de enero de 2014, expediente 2014-00192-02 (radicado interno 3635-2022), esta Sala de subsección, al resolver un asunto similar al aquí estudiado, se pronunció de la siguiente manera:

«En efecto, las labores secretariales que desarrollaba la demandante eran permanentes, se cumplían en las instalaciones del SENA y en el horario de oficina fijado en la entidad, bajo la supervisión e instrucción de un superior funcional, sin que pudieran ejercerse en condiciones de libertad y autonomía técnica y directiva.

Llama la atención la afirmación de la parte demandada en el sentido de que la actora era autónoma e independiente en el desarrollo de sus tareas, porque riñe con la naturaleza misma de los servicios pactados en las órdenes de trabajo. Así, es evidente que las actividades secretariales a cargo de la señora Araújo Montejó se circunscribían a las indicaciones particulares y puntuales de su jefe inmediato, pues no de otra forma podía elaborar los documentos solicitados, atender las llamadas telefónicas y suministrar información al público interno y externo del centro de formación».

Adicionalmente, las declaraciones recaudadas en el proceso reafirman las anteriores conclusiones, en la medida en que los testimonios relatan la manera como la demandante ejecutó las actividades para las que fue contratada y, de manera coincidente, indicaron que estuvo sujeta a un horario y a las instrucciones del jefe del plantel educativo al que fue asignada.

Que debía acatar las órdenes impartidas por el rector del respectivo plantel educativo, quien daba los permisos para ausentarse y, organizaba los horarios y establecía las funciones particulares que se debían realizar, como dan cuenta de manera similar los testigos, quienes percibieron de manera directa dicha situación.

Todo este contexto, valorado de manera conjunta, excede lo que en sana crítica se puede entender como la coordinación necesaria para la prestación de un servicio, habida cuenta de que el desempeño de las funciones estaba sujeto a las órdenes de la demandada y a la imposición de medidas e instrucciones directas que para su ejecución impartiera el jefe inmediato.

Por lo tanto, por encontrarse acreditados los elementos esenciales de una relación laboral entre la demandante y el municipio de Pereira, se confirmará la decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda en este punto.

⁷ En ese sentido, ver, entre otras, las sentencias del 23 de junio de 2005, expediente 1998-00027; del 16 de abril de 2021, expediente 2015-04688-01 y del 16 de junio de 2022, expediente 2017-00253-01 (0865-2020).



Prescripción.

Frente a la prescripción, asunto que fue objeto de recurso, esta Corporación ha unificado criterios acerca de la manera como debe analizarse el fenómeno fijando las siguientes reglas⁸:

- 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 los 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.

En la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021⁹, esta Sección adoptó el periodo de treinta días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios, sin que este 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 solución de continuidad del vínculo laboral.

Es claro entonces que la misma sentencia de unificación, estableció que el juez puede superar este término e incluso reducirlo en caso de que los contratos tengan objetos totalmente diferentes. Es que pretender que ese término sea inmodificable puede incluso conducir a que se presente todo lo contrario a lo que quiso la sentencia porque la administración con el solo propósito de eludir la regla podrá en todos los casos superar los 30 días para suscribir el nuevo contrato.

Además; si se le exigiera al particular que reclame inmediatamente termina un contrato, esto llevaría a que no se le volviera a contratar, por ello considera la Sala, que se debe analizar en cada caso concreto de cuánto tiempo pudo haber sido la interrupción y así determinar si la petición, se elevó o no dentro de un “plazo razonable”.

Con las anteriores precisiones, se procede a analizar el presente asunto; para lo cual se observa que dentro de las pruebas que obran del expediente se encuentran los contratos que se suscribieron:

Contrato u orden	Duración ¹⁰	Interrupción
------------------	------------------------	--------------

⁸ 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).

⁹ 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).

¹⁰ Según la Constancia de Cumplimiento expedida por el municipio de Pereira, obrante en los folios 127, 128 y 129 del Cuaderno Principal y los plazos pactados en las órdenes y contratos de prestación de servicios.



Orden sin número	21 de julio al 30 de septiembre de 2004	Sin interrupción
Orden sin número	1 de octubre al 19 de diciembre 2004	32 días
Orden sin número	3 de febrero al 31 de marzo de 2005	Sin interrupción
Contrato sin número	1 de abril al 31 de mayo de 2005	Sin interrupción
Orden sin número	1 al 30 de junio de 2005	10 días
Orden sin número	18 de julio al 31 de agosto de 2005	Sin interrupción
Orden sin número	1 al 30 de septiembre de 2005	Sin interrupción
Orden 451	3 al 31 de octubre de 2005	Sin interrupción
Orden 452	1 de noviembre al 15 de diciembre de 2005	Sin interrupción
Orden 450	1 de febrero al 31 de marzo de 2006	32 días
Orden 451	7 de abril al 31 de mayo de 2006	4 días
Orden 452	1 de junio al 31 de julio de 2006	Sin interrupción
Orden 451	1 al 31 de agosto de 2006	5 meses
Orden 449	1 al 28 de febrero de 2007	Sin interrupción
Orden 870	1 de marzo al 30 de abril de 2007	Sin interrupción
Orden 1456	2 de mayo al 30 de junio de 2007	Sin interrupción
Orden 2087	3 al 5 de julio de 2007	Sin interrupción
Orden 2635	6 de julio al 30 de septiembre de 2007	Sin interrupción
Orden 3198	1 al 31 de octubre de 2007	Sin interrupción
Orden 3766	1 al 30 de noviembre de 2007	Sin interrupción
Orden 4338	3 al 17 de diciembre de 2007	21 días
Orden 547	21 de enero al 19 de febrero de 2008	9 días
Contrato 1427	4 de marzo al 29 de diciembre de 2008	2 años y 7 meses
Contrato 583	1 de agosto al 15 de diciembre de 2011	20 días
Contrato 448	16 de enero al 15 de marzo de 2012	11 días
Contrato 904	3 de abril al 2 de agosto de 2012	3 días
Contrato 1429	9 de agosto al 23 de septiembre de 2012	Sin interrupción
Contrato 1920	24 de septiembre al 7 de noviembre de 2012	1 día
Contrato 2584	9 de noviembre al 8 de diciembre de 2012	22 días
Contrato 0617	14 de enero al 13 de junio de 2013	15 días
Contrato 11100933	8 de julio al 7 de agosto de 2013	Sin interrupción
Contrato 11101147	8 de agosto al 7 de septiembre de 2013	5 días
Contrato 11101872	16 de septiembre al 31 de diciembre de 2013	6 días
Contrato 11100486	13 de enero al 20 de junio de 2014	8 días
Contrato 11101158	7 de julio al 6 de septiembre de 2014	Sin interrupción
Contrato 11101834	8 de septiembre al 30 de noviembre de 2014	24 días
Contrato 11100434	7 de enero al 7 de marzo de 2015	22 días
Contrato 11101072	13 de abril al 12 de junio de 2015	9 días
Contrato 11101750	30 de junio al 29 de noviembre de 2015	29 días
Contrato 484	14 de enero al 14 de febrero de 2016	

Visto lo anterior, la Subsección advierte que diferente a lo concluido por el Tribunal, se presentaron dos interrupciones ostensiblemente amplias en la vinculación de la demandante con la entidad por 5 meses y 2 años y 7 meses, respectivamente, las cuales implican el rompimiento de la relación contractual y, la contabilización del término de la prescripción de manera separada para cada uno de los periodos.

En ese sentido, el fenómeno prescriptivo debe revisarse en tres periodos contractuales, correspondientes a: **i)** 21 de julio de 2004 al 31 de agosto de 2006; **(ii)** 1 de febrero de 2007 al 29 de diciembre de 2008 y **(iii)** 1 de agosto de 2011 al 14 de febrero de 2019.



Esta conclusión es distinta a la expuesta por el juez de primera instancia, quien encontró cuatro interrupciones, pues no tuvo en cuenta el contrato de prestación de servicios suscrito del 7 de enero al 7 de marzo de 2015¹¹ y, que, entre ese y el siguiente, transcurrieron 22 días hábiles, de manera que, la suspensión que se advirtió en ese lapso por parte del Tribunal no existió.

Aclarado esto, se observa que la actora presentó la reclamación el 4 de noviembre de 2016, por lo que, al conteo de la prescripción para cada contrato considerando las suspensiones, es evidente que en el particular operó la prescripción extintiva frente a los derechos laborales causados en los primeros dos periodos, porque la parte actora no presentó la reclamación administrativa en los tres años siguientes a su finalización.

En cuanto al último periodo de vinculación, se advierte que, si bien se presentaron algunas interrupciones, como se detalló en el cuadro que antecede, entre 1 a 29 días hábiles, estas no implicaron el rompimiento de la relación contractual, pues, en su mayoría tuvieron lugar en junio y diciembre de cada año, fechas que coinciden con las vacaciones de mitad y fin de año en el ámbito escolar. De esta manera, en tanto que la demandante prestó sus servicios en instituciones educativas del municipio de Pereira, es apenas evidente que tales periodos se encuentran justificados.

En ese sentido, como la reclamación administrativa se presentó el 4 de noviembre de 2016, considerando la fecha de respuesta a la misma que data del 22 del mismo mes y año y la demanda se presentó el 7 de abril de 2017, se observa que no operó el fenómeno prescriptivo frente a los derechos laborales del quinto período, considerando que la demandante presentó la petición dentro de los 3 años siguientes a la culminación de tales lapsos.

Por lo expuesto, deberá modificarse el numeral tercero de la decisión de primera instancia, en el sentido de reconocer las prestaciones sociales que tuvieron lugar en el periodo comprendido entre el 7 de enero y el 7 de marzo de 2015, el cual no fue tenido en cuenta por el juez de primera instancia.

Calzado y vestido de labor.

Ahora, en relación con la prestación de reconocimiento y pago de la dotación de calzado y vestido esta tiene como objeto el suministro de estos para realizar actividades laborales, sobre este derecho la Corte Constitucional en sentencias como la C-710 de 1996 se pronunció de la siguiente manera:

«Se entiende que en el cumplimiento de esta obligación, el empleador debe respetar la dignidad del trabajador, suministrando elementos que no sólo le permitan desarrollar en forma idónea su labor, sino que no pongan en ridículo su imagen. Por tanto, el calzado y vestido que se entregan, han de ser adecuados a la naturaleza del trabajo ejecutado, al medio ambiente en que éste se desarrolla.»

¹¹ Folio 78 del Cuaderno Principal.



Así, por la naturaleza de esta prestación, es obvio que ella no pueda ser compensada en dinero. Cosa distinta es que el trabajador decida no utilizar la dotación entregada, caso en el cual, el empleador se exime, en el período siguiente, de entregar vestido y calzado, tal como lo preceptúa el artículo 233, sin que por ello se entienda que está incumpliendo con esta obligación.

*Finalmente, es necesario aclarar que la prohibición que consagra la norma acusada rige sólo durante la vigencia de la relación laboral, puesto que finalizada ésta, el trabajador podrá solicitar al juez correspondiente, el pago de la misma, si demuestra que durante la vigencia de su contrato, el empleador no cumplió con ella. **En este caso, la prestación incumplida, se pagará en dinero, pues es un derecho que el trabajador tiene, y que no puede renunciar**».* (Negrillas para resaltar)

La dotación de vestimenta y calzado ha sido reconocida por la Corte Constitucional como un derecho para todos los trabajadores que devenguen hasta dos salarios mínimos para que les sea suministrado por parte del empleador el calzado y vestido adecuados a la naturaleza del trabajo, en relación a esta prestación la corporación establece que no es posible que sea compensada en dinero, pero existe la posibilidad de que sea solicitado el pago en dinero cuando el empleador en el desarrollo de la relación laboral no cumplió con la obligación de suministrar esta prestación a los trabajadores.

Además, la Sala destaca que el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, en la sentencia C-995 de 2000, determinó que la dotación de calzado y vestido de labor corresponde a una prestación social, porque su propósito es cubrir la necesidad de indumentaria derivada del desarrollo de la labor, quedando de esta manera definida la naturaleza jurídica del auxilio aquí analizado.

Se precisa, igualmente, que, esta Sala de Decisión recientemente, en la sentencia del 9 de mayo de 2022, expediente número 66001233300020170048101 (6257-2019), expuso que era procedente reconocer la compensación por la falta de suministro de las dotaciones de calzado y vestido en favor de un contratista-trabajador, al haberse declarado la existencia de una relación laboral encubierta, acogiendo el criterio afianzado por la Corte Constitucional de que es una prestación social.

De esto, se concluye que en el caso bajo estudio sí es procedente la compensación monetaria de la dotación de vestido y calzado, por lo que se confirmará sobre este punto la sentencia de primera instancia; dándose, de esta manera respuesta a todas las inconformidades planteadas por la parte demandada.

Reconocimiento de horas extras diurnas y nocturnas y recargos

En cuanto al desacuerdo de la demandante sobre el reconocimiento de las horas extras, se advierte que el Decreto 1042 de 1978 en los artículos 36, 37 y 38 define los alcances de las horas extras diurnas y nocturnas y fija los límites para el reconocimiento del trabajo suplementario. A partir de dichas normas, se entiende



que, para el reconocimiento y pago del trabajo en jornadas suplementarias, deben cumplirse las siguientes reglas:

- (i) Que el empleado pertenezca a los niveles técnico asistencial hasta los grados 09 y 19, respectivamente.
- (ii) Que el trabajo suplementario sea autorizado previamente mediante comunicación escrita. –
- (iii) Su remuneración se hará: con un recargo del 25% si se trata de trabajo extra diurno o con un recargo del 75% cuando se trate de horas extras nocturnas.
- (iv) No se puede pagar en dinero más de 50 horas extras mensuales.
- (v) Las horas extras trabajadas que excedan el tope señalado se pagarán con tiempo compensatorio a razón de un día hábil por cada 8 horas extras trabajadas.
- (vi) Si el empleado se encuentra en comisión de servicios, y trabaja horas extras, igualmente tendrá derecho a su reconocimiento y pago.
- (vii) Son factor de salario para la liquidación de cesantías y pensiones.

Así las cosas, como lo ha enunciado la jurisprudencia de la corporación en otras oportunidades¹², el reconocimiento de las horas extras requiere el cumplimiento de varios requisitos, los cuales, en el presente caso, no fueron acreditados por la demandante y, tampoco, se evidencia que exista un sustento probatorio para ordenar su pago. Por tanto, se confirmará en ese punto la sentencia apelada.

Sanción moratoria

Frente a la sanción moratoria la jurisprudencia¹³ de esta Sección ha sido clara en señalar que la sentencia que declara el encubrimiento de una relación laboral es constitutiva y, en ese entendido, es a partir de ella que nacen los derechos laborales exigidos en el proceso.

Por lo anterior, no es posible ordenar el pago de la sanción moratoria por la no consignación o pago de las cesantías, o de otras prestaciones a favor de la demandante, porque la parte demandada no ha incurrido en mora en tanto que, es a partir de la ejecutoria de la sentencia que declara la existencia de un contrato realidad que surge para la entidad la obligación de pagar las prestaciones sociales en los términos señalados en el CPACA y demás normas concordantes.

En ese sentido, se confirmará lo decidido por el juez de primera instancia frente a la negativa del reconocimiento. Con lo anterior, se da respuesta a todas las inconformidades planteadas en los recursos de apelación.

De la naturaleza de los aportes a seguridad social

La Subsección advierte que el Tribunal en el ordinal cuarto de la sentencia de primera instancia ordenó reembolsar a la demandante lo pagado por los aportes

¹² Ver entre otras, las sentencias del 17 de abril de 2013, expediente 2005-02242-01 (0212-11) y del 19 de febrero de 2015, expediente 2010-00780-01(3594-13).

¹³ Ver entre otras, las sentencias del 28 de septiembre de 2023, expediente 20160006001.



a cotización al sistema de seguridad social en salud y pensiones por el tiempo en que prestó sus servicios.

Se precisa que mediante sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 de 9 de septiembre de 2021, se aclaró el carácter parafiscal de los aportes a pensión para la financiación del Sistema General de Seguridad Social, que no son ingresos ni beneficios económicos para el demandante, por lo que, esta Corporación señaló que no corresponde el pago de estos rubros directamente a la parte interesada ni es posible el reembolso de estos.

Frente a los aportes a salud, de conformidad con esta misma providencia, se ha establecido que, corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por ley a hacerlo. Por esto, no es posible ordenar su devolución así se haya declarado la existencia de un vínculo laboral, ya que, de admitirse tal pretensión, se le estaría otorgando un beneficio propiamente económico, que no influye en el derecho prestacional como tal.

En ese sentido, se revocará el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se negará la pretensión relativa al reintegro en favor de la parte actora de los aportes a salud y pensión.

De la condena en costas

Sobre la condena en costas, es importante aclarar que la jurisprudencia de la Subsección A del Consejo de Estado venía aplicando el criterio objetivo valorativo consagrado en el art. 188 de la Ley 1437 de 2011, según el cual en toda sentencia el juez procederá a su reconocimiento cuando encuentre demostrado en el proceso que estas se causaron, sin que en esa valoración fuera relevante analizar si las partes actuaron de manera temeraria, mal intencionada o de mala fe, no obstante, dicho criterio fue variado con la adición introducida por el art. 47 de la Ley 2080 de 2021, en el que indica que la condena en costas es viable, siempre y cuando se acredite que la parte vencida obró con manifiesta carencia de fundamento legal.

Teniendo en cuenta el cambio introducido por el legislador en la materia, la Subsección A considera que, en las sentencias proferidas a la luz de la nueva normativa se deberá analizar la conducta realizada por las partes en el proceso, entre ello, si se presentó o no, carencia de fundamentación jurídica conforme a lo señalado en el inciso 2º del art. 188 de la Ley 1437 de 2011.

En el presente caso, aplicando el criterio anunciado, se observa, a partir del recurso de apelación, que no se presenta una carencia de fundamentación legal que dé lugar a la condena en costas. Contrario a ello, las partes expusieron argumentos razonables de defensa jurídica de sus intereses, en consecuencia, no se impondrá condena en costas.



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 ordinal tercero de la sentencia proferida el ocho (8) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) por el Tribunal Administrativo de Risaralda, el cual quedará así:

*«3. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **SE CONDENA** al municipio de Pereira a reconocer y pagar a la demandante, Gloria Esperanza Toro Salgado, las prestaciones sociales de orden legal a las cuales tiene derecho, tomando como base los honorarios contractuales derivados de los contratos de prestación de servicios correspondientes a los periodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral encubierta, es decir, entre el 1 de agosto al 15 de diciembre de 2011, 16 de enero al 15 de marzo, 3 de abril al 2 de agosto, 9 de agosto al 23 de septiembre, 24 de septiembre al 7 de noviembre y del 9 de noviembre al 8 de diciembre todos estos de 2012, del 14 de enero al 13 de junio, 8 de julio al 7 de agosto, 8 de agosto al 7 de septiembre, 16 de septiembre al 6 de diciembre y del 7 al 31 de diciembre todos de 2013, del 13 de enero al 20 de junio, 7 de julio al 6 de septiembre, 8 de septiembre al 30 de noviembre de 2014, del 7 de enero al 7 de marzo, 13 de abril al 12 de junio y 30 de junio al 29 de noviembre de 2015 y del 14 de enero al 14 de febrero de 2016, atendiendo la prescripción trienal, de acuerdo con las consideraciones de este fallo».*

Segundo. Revocar el ordinal cuarto de la sentencia, para **negar** la pretensión relativa al reintegro de los aportes a salud y pensión a favor de la parte actora, según lo expuesto.

Tercero. Confirmar en lo demás la decisión de primera instancia.

Cuarto. Sin condena en costas de segunda instancia.

Quinto. Reconocer personería para actuar como apoderada de la parte demandante a la abogada Martha Lucía Bedoya Marín, identificada con tarjeta profesional 143.197 del Consejo Superior de la Judicatura, según la sustitución de poder visible en el índice 14 del aplicativo SAMAI.

Sexto. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en la plataforma «SAMAI».

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ



Radicación: 66001-23-33-00-2017-00296-01 (2564-2020)

Firmado electrónicamente

LUIS EDUARDO MESA NIEVES

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente