



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCION “B”

Consejera Ponente: Doctora SANDRA LISSET IBARRA VELEZ.-

Bogotá D.C., once (11) de noviembre de dos mil quince (2015)

Radicado No:	660012331000201100293-01
No. Interno:	1828-2013
Actores:	JOSE NORBEY ZAMUDIO RENDON
Demandado:	DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD-DAS
Asunto:	CONTRATO REALIDAD – COMPENSACION DE VACACIONES Y RECONOCIMIENTO DE LA PRIMA DE VACACIONES.

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto tanto por la parte actora como por la demandada contra la sentencia de fecha 27 de noviembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y declaró la nulidad del acto acusado y como consecuencia de ello, reconoció la existencia de la relación laboral entre el actor y el Departamento Administrativo de Seguridad;



así como también, dispuso el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones comunes u ordinarias dejadas de percibir y el reembolso del porcentaje de contribución que competía al empleador y que asumió el actor frente a las entidades de seguridad social en pensión y salud.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA.-

En ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984- , el señor José Norbey Zamudio Rendón, actuó a través de apoderado judicial acudió ante esta jurisdicción a fin de controvertir la legalidad de la Resolución No DAS.SRIS.DIR 63763-1 de fecha 11 de febrero de 2011, por medio del cual, el Departamento Administrativo de Seguridad negó el reconocimiento de una relación laboral entre dichas partes.

Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad deprecada, solicitó se declare la existencia de una relación laboral sin solución de continuidad existente entre el accionante y el Departamento Administrativo de Seguridad, en virtud de los contratos de prestación de servicio suscritos desde el día 10 de noviembre de 2003 hasta el 09 de noviembre de 2006 y se condene a la demandada a pagar a título de indemnización de todas las prestaciones sociales tales como: prima de navidad, prima de alimentación, vacaciones,



prima de vacaciones, cesantías, intereses sobre las cesantías, dotación de vestido y calzado, auxilio de transporte, subsidio familiar, gastos de representación, bonificación por servicios prestados, bonificación de recreación, viáticos, incremento de salario por antigüedad, horas extras, dominicales, festivos, prima de servicio, prima de dirección, prima técnica, reconocimiento por coordinación, prima especial de riesgo, prima de orden público, prima de clima, prima de instalación, las correspondientes doceavas partes entre las demás que contemple la ley para los servidores públicos de planta del Departamento Administrativo de Seguridad, las cuales, deben ser liquidadas con base en los valores pactados en los respectivos contratos.

Finalmente, pidió declarar el reconocimiento y pago de las cotizaciones correspondientes a Seguridad Social Integral, como lo es: salud, pensión y riesgos profesionales, las cuales deberán liquidarse con base en los valores pactados en los contratos.

Las anteriores pretensiones fueron sustentadas en los supuestos facticos que a continuación se narran

LOS HECHOS

El señor José Norbey Zamudio Rendón, inició sus labores como escolta en el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- a través de contratos de prestación de servicios así: No 011 suscrito en fecha 11 de agosto de 2003



finalizando el mismo en fecha 30 de noviembre de 2003 y así sucesivamente hasta el 30 de noviembre de 2006.

Alegó que tuvo una relación con el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- de tres (3) años y tres (3) meses, sin existir solución de continuidad, labor que se efectuó con la celebración de los contratos mencionados.

Manifestó haber desarrollado labores propias de un empleado del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS- , desempeñándose como escolta bajo la continua subordinación y dependía de la entidad, con la finalidad de brindar protección a las personas amenazadas no solo del Programa de Protección a dirigentes sindicales, sino también, a servidores públicos, es decir, a todas las personas que se encontrasen en el nivel de alto riesgo.

Consideró que la subordinación se materializa en la medida que le tocaba cumplir con los horarios exigidos por el DAS, firmando las minutas de guardia, los libros de control de contratista, interno de misiones, de armamento y registro de vehículos, no solo en el lugar de origen sino también, en el lugar de destino donde debía desempeñar la función de escolta.

Señaló que para el cumplimiento de la labor de escolta, siempre portó arma de dotación oficial del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS-, desplazándose en vehículos oficiales los cuales eran asignado al esquema



de protección. Además, debía portar el carnet que lo identificaba como escolta de la entidad, por lo que, tales labores eran idénticas a las que ejercía un agente escolta al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad, de conformidad con lo establecido en el artículo 36 y 37 del Decreto 512 de 1989¹ y los numerales 3 y 4 del artículo 11 del Decreto 643 de 2004².

Durante todo el vínculo laboral que tuvo el accionante con el Departamento Administrativo de Seguridad, no le fueron canceladas las prestaciones sociales a que por ley tiene derecho un servidor público que trabaja en el organismo de seguridad del Estado, ni tampoco fue afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral, teniendo el actor que sufragar en su totalidad las cotizaciones a salud y pensión.

Normas violadas y concepto de su violación.-

Consideró infringidas con el acto demandado las siguientes normas: De orden Constitucional los artículos: 1, 2, 25, 53, 55, 93, 94, 121, 122, 123, 125 y 209. De orden legal los artículo. 2, 3 y 85 del Código Contencioso Administrativo. Y de orden convencional: los convenios No 87, 95, 98, 100 y 11 del

¹ Por el cual se modifica la estructura del departamento administrativo de seguridad y se establecen las funciones de la entidad y específicas de sus dependencias.

² Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de Seguridad y se dictan otras disposiciones.



Manifestó el accionante que celebró varios contratos de prestación de servicios con el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS-, de forma ininterrumpida y sin solución de continuidad, bajo órdenes de la entidad y acatando horarios de trabajo, actuando bajo las mismas calidades de un servidor público, utilizaba las armas de dotación oficial, tenía identificación de escolta, se movilizaba en vehículos de la entidad, realizaba labores de inteligencia y contravigilancia, era trasladado a diferentes lugares reportándose a través de minutas de guardias tanto al inicio como al finalizar las labores, por lo que, en ningún momento tenía autonomía e independencia que identifica a los contratos de prestación de servicios, siendo su actividad idéntica a los empleados de carrera administrativa de la entidad. Además, recibió capacitación, preparación e instrucción y cursos suministrados por la Departamento Administrativo de Seguridad.

Sostuvo que la entidad demandada tergiversó la modalidad de contratación por prestación de servicios, como quiera que el mismo es eminentemente temporal, mientras que el ejecutado por el accionante desbordó los límites temporales, sometiéndolo a traslados, encargándolo de misiones de trabajo desvirtuándose la independencia y autonomía que reviste a los contratos de prestación de servicios.

2. OPOSICIÓN A LA DEMANDA.

El Departamento Administrativo de Seguridad como argumento de defensa sostuvo que los esquemas de protección con los cuales presta apoyo el



Departamento Administrativo de Seguridad, se establecieron de conformidad con el Decreto 372 de 1996³, por lo que, la misión de protección no correspondía exclusivamente al DAS, sino que por el contrario, es al Ministerio del Interior a quien la ley le asignó esta tarea.

Afirmó que los contratos suscritos con el actor se celebraron bajo lo ceñido en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, dado que el DAS no contaba con personal suficiente en la planta que pudiera cumplir con el programa, siendo esta una situación que ampara la realización de tales contratos con personas naturales.

Consideró que, contrario a lo argüido por el actor, nunca existió el elemento subordinación toda vez que, de acuerdo a las misiones de trabajo, éstas solo se refieren al desarrollo del contrato de prestación de servicios para efectos de las obligaciones contractuales que debían cumplir el contratista y no para demostrar una subordinación.

Y en cuanto al cumplimiento de órdenes, señaló que es uno de los deberes previstos en el numeral 2 del artículo 5 de la ley 80 de 1993, por lo que, los contratistas acataron las ordenes que durante el desarrollo del contrato se les impartían. Entonces, por el hecho de que de que recibiera ordenes, por sí solo, no lleva a inferir que exista una relación subordinada.

³ por el cual se establece la estructura interna del Ministerio del Interior, se determinan sus funciones y se dictan disposiciones complementarias.



3. SENTENCIA APELADA.

El Tribunal Administrativo de Risaralda en la sentencia objeto del recurso de apelación, tuvo como problema jurídico planteado, determinar si el demandante desvirtuó la naturaleza del contrato de prestación de servicio y demostró la existencia de una relación laboral subordinada.

Consideró que no fue acreditado que el programa de protección fuere por determinado tiempo, pasando 3 años en que el demandante prestó sus servicios ininterrumpidamente como escolta. Igualmente, estimó probada que durante el lapso de agosto 2003 a noviembre de 2006, recibía constantes instrucciones para las misiones de protección, constituyendo verdaderas ordenes de cómo, cuándo y dónde prestar su servicio personal de protección a la persona que el DAS le designara por medio del Jefe del Grupo Operativo.

Por todo lo anterior, estimó el A-quo que se demostró la subordinación del demandante en cumplimiento de su labor, pues le impartían órdenes en el cómo, cuándo y donde debía cumplir la función de escolta. Además, siendo esta una función que se requería permanencia, solo de manera excepcional podía acudir la demandada a la contratación pero no de manera indefinida como aconteció en este caso.

4. DE LOS ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN.



El recurso de apelación fue interpuesto tanto por la parte demandante como por el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, por lo que, a continuación se esgrimirán los argumentos expuesto por cada uno de ellos:

Recurso incoado por la parte demandante- señor José Norvey Zamudio Rendón

El apoderado de la parte accionante, se encuentra inconforme con la decisión de primera instancia, para lo cual, deprecia se adicione la sentencia confutada en el sentido que, se pronuncie sobre las vacaciones y primas de vacaciones que fueron reclamadas pero de las cuales el A-quo omitió referirse a las mismas.

Arguyó que las vacaciones son un derecho adquirido que hace parte del patrimonio de la persona, la cual fue causada a raíz del trabajo subordinado y dependiente a una institución, teniendo el actor las mismas connotaciones jurídicas y de derecho que un empleado de planta, por lo que, al habersele reconocido la figura del “contrato realidad” se hace acreedor del reconocimiento y pago de todas las prestaciones establecidas por el régimen laboral, como lo es el caso de las vacaciones y las primas de vacaciones. A pesar de haber sido retirado del servicio, tiene derecho el actor a que se le reconozca en dinero y en forma proporcional al tiempo efectivamente laborado, además, cuando es un derecho cierto e indiscutible que se ha causado fruto del trabajo desarrollado por el demandante.



Recurso de la parte accionada - Departamento Administrativo de Seguridad –DAS-

El Departamento Administrativo de Seguridad DAS en supresión, apeló el fallo de fecha 27 de noviembre de 2013, sustentando el mismo con los siguientes argumentos:

Señaló que las ordenes que se impartían se daban conforme lo previsto en el artículo 5 de la ley 80 de 1993, por lo que, el hecho que recibiera el actor órdenes no puede llevar a que exista una relación laboral, ni tampoco, por el mero cumplimiento de horarios, ni tampoco por la utilización de las instalaciones y recursos de la entidad convierte automáticamente la relación contractual en laboral.

Finalmente, adujo que el DAS acordó una obligación contractual con el contratista accionante, en razón de la experiencia y formación del citado en los temas de protección, por lo que se pactaron obligaciones contractuales de tipo técnico, estipulándose siempre una duración específica en atención al cumplimiento del objeto contractual y el pago de unos honorarios, siendo ello características propias de los contratos de prestación de servicios.

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO



La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado, en su oportunidad procesal conceptuó favorablemente a las suplicas del actor considerando que, está demostrado que entre las partes lo que se estructuró fue una relación laboral y no contractual, tal como lo determinó el Tribunal Administrativo de Risaralda, ya que se estableció que no fue ocasional la labor desempeñada por el señor Zamudio Rendón dado que la necesidad de la entidad demandada duró más de tres años, por lo que la temporalidad de la labor contratada quedó desvirtuada.

Estimó la Vista Fiscal que le asiste el derecho al actor al pago de todo lo que percibía un escolta de planta del DAS, incluidas las vacaciones y las primas de vacaciones, por lo que solicitó se adicionara el artículo tercero de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda y se condene a la accionada, además del pago de las prestaciones comunes u ordinarias, al pago de las vacaciones y la prima de vacaciones, factor que también se les reconoce a los funcionarios de planta del DAS.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Atendiendo a los argumentos expuestos por la parte demandante, los motivos de oposición aducidos por la accionada y el material probatorio obrante en el expediente, la Sala decidirá el asunto sometido a su consideración, fijando para ello el siguiente:

6. Problema Jurídico.-



Corresponde a la Sala determinar si el demandante señor José Norbey Zamudio Rendón demostró la configuración del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades en materia laboral, al haber sido vinculado al Departamento Administrativo de Seguridad DAS- mediante contratos de prestación de servicios, desarrollando su actividad de manera subordinada y dependiente del órgano contratante o si, por el contrario, existió una relación eminentemente contractual conforme al numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sin derecho a prestación alguna, tal como lo estimó la demandada en el acto censurado.

De prosperar lo anterior, deberá la Sala como problema jurídico asociado, establecer si al demandante le asiste el derecho a que le sean compensadas las vacaciones no disfrutadas y prima de vacaciones como prestaciones sociales a que tendría derecho.

La Sala a fin de desatar el recurso de alzada impetrado por las partes, abordará el tema sometido a consideración, estableciendo i). El principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales. ii). Del caso que llama la atención de la Sala, consistente en definir si en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la C.N., es posible declarar la existencia del contrato realidad entre las partes cuando la vinculación del actor al servicio de la entidad demandada fue mediante contratos de prestación de servicio. y finalmente, iii) Precisará la Sala si el actor tiene



derecho a que le sea reconocido las vacaciones y la prima de vacaciones como prestaciones ordinarias.

El principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales.

La realidad sobre las formalidades evidenciadas en las relaciones de trabajo, hace referencia a un principio constitucional imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53⁴ de la Carta Política, entendido de la siguiente forma: no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad.

Es preciso destacar que se ha denominado *contrato realidad* a aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma.

⁴ **ARTICULO 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.



Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es:

- i. Que su actividad en la entidad haya sido personal;
- ii. Que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y,
- iii. además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público 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 vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

7. Del asunto en concreto.

Alegó el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, que el actuar de la misma estuvo sujeto a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 80

de 1993⁵ por lo que, el hecho de haber recibido el actor ordenes no lleva a inferir que exista una relación laboral, ni tampoco, convierte automáticamente la relación contractual en laboral por la mera utilización de las instalaciones y recursos de la entidad contratante.

En primer orden, considera la Sala que se demostró la existencia de los contratos de prestación de servicios celebrados⁶ entre el señor José Norbey Zamudio Rendón y el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, los cuales, en su totalidad fueron suscritos por el demandante teniendo los mismos como objeto contractual, la prestación del servicio personal de protección dentro del componente de seguridad a personas del programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos, conforme a las medidas de seguridad aprobadas por el Comité de Reglamento y Evaluación de Riesgos del Ministerio del Interior.

⁵ Artículo 5º.- De los Derechos y Deberes de los Contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta Ley, los contratistas:

1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

2o. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramamiento que pudieran presentarse.”

⁶ Obrantes a folio 95 al 137 del cuaderno principal.

De conformidad con lo estatuido en el parágrafo del artículo 3 del Decreto 218 de 2000 y el artículo 2º del Decreto 643 de 2004⁷, al Departamento Administrativo de Seguridad –DAS- le correspondía, además de brindar seguridad al Presidente de la República y su familia, Ministros y Expresidentes de la República, garantizar la seguridad a personas y dignatarios distintas a las antes señaladas, que requerían la protección del Estado, mientras se concertase la asunción de dicha función por parte de otros organismos estatales que desarrollen funciones de protección, de tal suerte que el DAS prestaría tales servicios hasta que los mismos fuesen asumidos por otras entidades u organismos estatales.

En este orden, se encuentra demostrado que el actor ejerció funciones que son inherentes y que hacían parte del roll misional de la entidad, al llevar a cabo la prestación del servicio de protección y seguridad entre otros al señor Orlando Ospina y Dora Galvis⁸, en su calidad de Directivos Sindicales de SINTRAEMSDES Subdirectiva Pereira, funciones que forman parte del giro ordinario de su objeto como es la prestación de servicios de protección, por lo tanto, es evidente que se trata del cumplimiento de funciones propias de la entidad que implican subordinación, las que no podían ser contratadas

⁷ ARTÍCULO 2o. FUNCIONES GENERALES: El Departamento Administrativo de Seguridad tendrá, además de las funciones que determina el artículo 59 de la Ley 489 de 1998, las siguientes:

(...)

PARÁGRAFO. Para los efectos de la seguridad que deba darse a personas y dignatarios, distintas de los previstos en el numeral 14 de este artículo, que requieran la protección del Estado, deberá concertarse la asunción de dicha función por parte de otros organismos estatales que desarrollen funciones de protección. El Departamento Administrativo de Seguridad continuará prestando tales servicios hasta que sean asumidos por otras entidades, de acuerdo con los estudios de riesgo correspondientes.

⁸ Ver informes de servicios de seguridad a personal directivo Sindicales obrantes a folios 38 al 78 del cuaderno No2 del expediente.



mediante la modalidad de contratos de prestación de servicios conforme a las normas vigentes.

Ahora bien, en cuanto al elemento subordinación y dependencia, se acreditó en el expediente las ordenes operativas o misiones de trabajo⁹ que le eran encomendadas al actor, en las cuales se especifica la persona a quien le prestaría el servicio de seguridad, el término asignado a dicha persona, el vehículo asignado y las instrucciones particulares sobre la labor a desarrollar.

Así mismo, al valorar la declaración testimonial rendida por el señor Wilson Tao Reyes¹⁰, quien en su declaración sostuvo que el actor recibía órdenes permanentes tanto escritas como verbales de parte del Director Regional del DAS, que ingresaba a las 7 de la mañana a laborar y que recibía cada cuatro meses capacitación como escoltas, considera la Sala que si bien el deponente se encuentra en la misma situación del actor, ello no le resta credibilidad a su dicho, toda vez que, lo manifestado por el testigo encuentra respaldo documental con las constantes instrucciones impartidas por la demandada para las misiones de protección, las cuales no pueden tenerse como meros actos de coordinación sino todo lo contrario, es decir, verdaderas órdenes acerca de la manera como debía darse la prestación del servicio contratado, tales como cuándo, dónde y cómo prestar el servicio

⁹ Ver Misiones obrantes a folios 69 al 87 del cuaderno primero de pruebas. Misión No 137 de fecha agosto 12 de 2003, misión No 140 del 19 de agosto de 2003, Misión No 197 del 3 de diciembre de 2003, Misión No 069 del 1 de marzo de 2005, Misión No 096 del 31 de marzo de 2005, Misión No 190 del 1 de julio de 2005, Misión No 199 del 13 de julio de 2005, Misión No 203 del 18 de julio de 2005, misión 206 del 19 de julio de 2005, Misión 281 del 29 de septiembre de 2005 entre otras.

¹⁰ Testigo en el proceso y quien desarrolló labores de escolta contratado por el DAS



personal de protección a la persona que el DAS le asignase, para lo cual, debía dar cuenta de su labor a las autoridades de la entidad contratante.

En ese mismo orden, se acreditó que al accionante le era asignado un vehículo para los desplazamiento, chaleco antibala, armamento, carnet y un avantel para comunicaciones, constituyendo todo ello actuaciones propias para el desarrollo del objeto misional de la entidad de acuerdo a lo dispuesto en el párrafo del artículo 2º del Decreto 643 de 2004¹¹, en el cual, se establece que una de las funciones generales del Departamento Administrativo de Seguridad también era prestar protección a personas y dignatarios, distintas de las dispuestas en el numeral 14 del mismo artículo, como fue la protección de sindicalistas y activistas de derechos humanos.

También fue probado que los contratos de prestación de servicios fueron suscritos desde el mes de agosto del año 2003 hasta el mes de noviembre de 2006, permaneciendo la relación contractual por un lapso superior a los tres (3) años como escolta sin solución de continuidad, lo que desdibuja el carácter temporal y excepcional propio de ese tipo de contrato estatal.

¹¹ “Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de Seguridad y se dictan otras disposiciones”

Dispone el numeral 8 y el párrafo del artículo 2º del Decreto 643 de 2004:

“Artículo 2º. Funciones Generales. El Departamento Administrativo de Seguridad tendrá, además de las funciones que determina el artículo 59 de la Ley 489 de 1998, las siguientes: (...)”

14. Brindar seguridad al Presidente de la República y su familia, Vicepresidente y su familia, Ministros y ex Presidentes de la República; la información relacionada con su seguridad tiene reserva legal. (...)”

Parágrafo. Para los efectos de la seguridad que deba darse a personas y dignatarios, distintas de los previstos en el numeral 14 de este artículo, que requieran la protección del Estado, deberá concertarse la asunción de dicha función por parte de otros organismos estatales que desarrollen funciones de protección. El Departamento Administrativo de Seguridad continuará prestando tales servicios hasta que sean asumidos por otras entidades, de acuerdo con los estudios de riesgo correspondientes.”

La situación objeto de análisis, se encuadra dentro de los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-614 de 2009¹², que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios.

En el caso concreto, se demostró los siguientes componentes: 1) Se conjuga el criterio funcional, porque la función contratada -de escolta- está referida a las que debía adelantar la entidad pública como propia u ordinaria. 2) No hay temporalidad y excepcionalidad, porque se trató de una vinculación que sin solución de continuidad se extendió por 3 años con la misma persona y con el mismo objeto. 3) Se presenta el criterio de la continuidad, porque la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, de carácter permanente.

Por todo lo anterior, considera la Sala que se encuentra debidamente demostrado el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, por cuanto que, fue acreditado los elementos que tipifican una verdadera relación

¹² Sentencia C614 del 2 de septiembre de 2009. En ella la Corte Constitucional sostuvo que: “(...) En este orden de ideas, la Sala reitera a las autoridades administrativas que el vínculo contractual para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de la entidad contratante debe ser retirado de la dinámica laboral administrativa, no sólo porque desdibuja el concepto de contrato estatal, sino porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores al servicio del Estado, pues su incumplimiento genera graves consecuencias administrativas y penales.



de tipo laboral, al haber sido desarrollada la labor personal a cargo el actor bajo una subordinada y dependiente relación con la entidad demandada, motivo por el que, resulta procedente desatar el problema asociado consistente en establecer si el demandante le asiste el derecho a que le sea reconocido las vacaciones y prima de vacaciones dentro del componente prestacional.

De la apelación de la parte demandante.

Alegó la parte actora tener derecho a las vacaciones, ya que no las pudo disfrutar debido a las circunstancias en que fue vinculado con el Departamento Administrativo de Seguridad DAS- . En igual sentido, reclamó tener derecho a la prima de vacaciones.

De las vacaciones.

Respecto de las vacaciones reclamadas por el demandante, se tiene que si bien bajo el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, se puede declarar la existencia de un contrato realidad y reconocer derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, también lo es que, por el hecho de haber



demostrado el actor la existencia de la realidad sobre las formalidades no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, tal como lo establece el artículo 122 de la Constitución Política.

No obstante lo anterior, se hace necesario examinar el contenido normativo que regula lo relativo a las vacaciones de los empleados públicos a fin de establecer, si para el caso del demandante, le asiste el derecho a que le sea cancelada la compensación de las vacaciones debido a la imposibilidad de poder disfrutar las mismas durante el tiempo en que demostró la existencia de la primacía de las realidades sobre las formalidades.

Del régimen normativo de las vacaciones y del asunto debatido.

En primer lugar, existe el Decreto Extraordinario 3135 de 1968, por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, en sus artículos 8 y 10, dispone:

ARTICULO 8.

"Vacaciones. - Los empleados públicos o trabajadores oficiales tiene derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones, por cada año de servicio, salvo lo que se disponga por reglamentos especiales para empleados que desarrollan actividades especialmente insalubres o peligrosas.



"Las vacaciones de los funcionarios de la rama jurisdiccional, del ministerio público y del ramo docente se rigen por normas especiales".

ARTICULO 10.

"sólo se podrán acumular vacaciones hasta por dos (2) años, por necesidades del servicio y mediante resolución motivada. Cuando no se hiciere uso de vacaciones en la fecha señalada, sin que medie autorización de aplazamiento el derecho a disfrutarlas o a percibir la compensación correspondiente, conforme a lo que más adelante se establece, prescribe en tres años".

Si se presenta interrupción justificada en el goce de las vacaciones, el empleado no pierde el derecho a disfrutarlas en su totalidad.

Es prohibido compensar las vacaciones en dinero; pero el jefe del respectivo organismo puede autorizar que se paguen en dinero, hasta las correspondientes a un (1) año en casos especiales de perjuicio en el servicio público. (subrayado nuestro)

Los empleados públicos que salgan en uso de vacaciones, tienen derecho al pago anticipado de ellas.

Cuando un empleado público o trabajador oficial quede retirado del servicio sin haber hecho uso de vacaciones causadas, tiene derecho al pago de ellas en dinero y se tendrá como base de la compensación el último sueldo devengado. Tal reconocimiento no implica continuidad en el servicio.

Por su parte, el Decreto 1848 de 1969, por el cual se reglamenta el citado decreto 3135, al respecto, estatuyó:

ARTICULO 43.

"Derecho a vacaciones. - 1. Tanto los empleados públicos como los trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios.

"2o. El personal científico que trabaja al servicio de campañas antituberculosas así como los que laboren en el manejo y aplicación de rayos x y sus ayudantes tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada seis (6) meses de servicios.



"3o. Los trabajadores oficiales ocupados en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, tienen derecho a vacaciones proporcionales por las fracciones de año, cuando no alcancen a completar un año de servicios".

Igualmente, el Decreto Extraordinario 1045 de 1978, por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional, establece lo siguiente:

ARTICULO 8.

De las vacaciones. - Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios, salvo lo que se disponga en normas o estipulaciones especiales.

"En los organismos cuya jornada semanal se desarrolle entre lunes y viernes, el sábado no se computará como día hábil para efecto de vacaciones".

De manera particular, el Decreto 1933 de 1989, por el cual se expide el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, en su artículo 8 reguló el régimen de vacaciones para los servidores del DAS en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 8o. VACACIONES. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad tendrán derecho a veinte (20) días hábiles de vacaciones por cada año de servicio."

Sobre la naturaleza de las vacaciones, el artículo 53 de la Constitución Política, contempla como una de las garantías fundamentales de los trabajadores el derecho al descanso. Una de las formas lo constituyen las



vacaciones cuya finalidad esencial es que quien presta su fuerza laboral, recupere las energías que gasta en la actividad diaria que desarrolla y de esa manera se preserve su capacidad de trabajo, lo cual resulta indispensable por constituirse como el único medio de subsistencia de la persona.¹³

Además, tiene por finalidad proteger su salud física y mental y darle un espacio al empleado para que realice otro tipo de actividades que permitan su desarrollo integral como persona, tanto en su familia como en la sociedad.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que la legislación laboral busca que el trabajador después de un tiempo continuo de labores, tenga unos días de descanso remunerado y así el trabajador descansa, recupera energías, comparte un tiempo continuo con su familia, por lo tanto, las vacaciones, según su finalidad en principio no pueden ser compensadas en dinero.

Sin embargo, cuando no resulta posible el disfrute de dicho descanso remunerado, el Decreto 1045 de 1978, dispone en el artículo 20 que las vacaciones podrán ser compensadas en dinero para evitar perjuicios en el servicio público, caso en el cual sólo puede autorizar la compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un año, o cuando el empleado público o el trabajador oficial quede retirado en forma definitiva del servicio, sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces.

¹³ Sentencia Corte Constitucional C-897-2003

Ahora bien, siendo cierto que en el caso bajo estudio el actor demostró la existencia de una verdadera relación laboral bajo el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no por ello, conlleva a concederle la calidad de servidor público al demandante. Empero, debido a la forma de vinculación que sostuvo el reclamante con el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS-, imposibilitó que el mismo pudiera acceder al disfrute de su descanso remunerado al cual tiene derecho todo trabajador conforme a las normas precitadas.

Bajo tal perspectiva, se abre camino para considerar que si bien no podría reconocérsele las vacaciones en el sentido estricto del término, es decir, el disfrute de descanso remunerado, por cuanto que la relación ya feneció, sí resulta viable la figura de la compensación en dinero de las vacaciones, tal como lo consagra el artículo 20 del Decreto 1045 de 1978.

Para efecto de su liquidación, atendiendo la normatividad que rigió para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, deberá reconocer y pagársele al actor la compensación en dinero de las vacaciones no disfrutadas, la suma correspondiente a veinte (20) días de salario por cada uno de los años 2004 y 2005, tomando como salario el valor pactado en cada uno de los contratos de las anualidades respectivas y proporcionales las correspondiente al año 2006, en virtud a lo dispuesto en el artículo 1¹⁴ de la Ley 955 de noviembre 10 de 2005

¹⁴ **Artículo 1º.** *Del reconocimiento de vacaciones en caso de retiro del servicio o terminación del contrato de trabajo.* Los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que cesen en sus

No se condena al pago de la compensación proporcional correspondiente al período laborado entre el 1 de diciembre de 2003 y el 01 de mayo de 2004, por cuanto el literal c) del artículo 47 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, vigente a la fecha del contrato de prestación de servicios, exigía para su reconocimiento y pago, el año “*completo*” de servicios, y de manera excepcional, cuando faltaren 15 días o menos para completarlo, no cumpliéndose tal presupuesto en el caso del actor.

De la prima de vacaciones.

De otra parte, con relación a la prima de vacaciones reclamada, al revisar el asunto, la Sala encuentra que la denominada prima de vacaciones es una prestación creada con los Decretos Leyes 174 y 230 de 1975, para los servidores de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos del orden nacional, con fundamento en las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso Nacional al Presidente de la República mediante la Ley 24 de 1974.

En ese orden, el Decreto-ley 1045 de 1978, por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de

funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-669 de 2006, en el entendido que no excluye a los trabajadores dedicados a la lucha contra la tuberculosis o a la aplicación de rayos X., que conforme a las normas vigentes, causen sus vacaciones por cada seis meses de servicio.

los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional, recogió las disposiciones citadas de los Decretos 174 y 230 de 1975, en relación con la prima de vacaciones y dispuso en el artículo 24¹⁵ que ésta se continuará reconociendo a los empleados públicos del orden nacional, en los mismos términos previstos por los decretos mencionados.

En el caso específico del régimen prestacional especial que gobernaba para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, se observa que la aludida prima de vacaciones era regulada por el artículo 9¹⁶ del Decreto 1933 de 1989, el cual a su tenor señalaba lo siguiente:

ARTÍCULO 9o. PRIMA DE VACACIONES. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, tendrán derecho a una prima de vacaciones equivalente a veinte (20) días de salario por cada año de servicio.

Descendiendo a lo reclamada por el actor, debe precisar la Sala que la prima de vacaciones se adquiere por el tiempo de servicio exigido en la ley y se goza de ella cuando se disfrutan las vacaciones.

Sin embargo, el derecho al reconocimiento y pago de la aludida prima de vacaciones no se pierde en los casos en que se autorizare el pago de las

¹⁵ Artículo 24º.- De la prima de vacaciones. La prima de vacaciones creada por los Decretos-Leyes 174 y 230 de 1975 continuarán reconociéndose a los empleados públicos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, en los mismos términos en que fuere establecida por las citadas normas.
De esta prima continuarán excluidos los funcionarios del servicio exterior.

¹⁶ ARTÍCULO 9o. PRIMA DE VACACIONES. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, tendrán derecho a una prima de vacaciones equivalente a veinte (20) días de salario por cada año de servicio.

vacaciones en dinero, ni tampoco en el evento de retiro del empleado de la entidad por motivos distintos a la destitución o abandono del cargo, conforme con lo señalado en los artículo 29¹⁷ y 30¹⁸ del Decreto 1045 de 1978.

De acuerdo a lo anterior, al quedar claro que el demandante solo tiene derecho a que se le compense las vacaciones en dinero para los años 2004 y 2005, como quiera que solo en esas anualidades cumplió con el requisito del año de servicio que exige la noma para que proceda el reconocimiento de la aludida prima de vacaciones, por lo que, el actor tiene derecho a que le sea reconocida y pagada la prima de vacaciones equivalente a veinte (20) días de salario por los años antes mencionados.

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

FALLA

PRIMERO.- Confirmase parcialmente la sentencia de fecha 27 de

¹⁷ **Artículo 29°.-** *De la compensación en dinero de la prima vacacional.* La prima de vacaciones no se perderá en los casos en que se autorizare el pago de vacaciones en dinero.

¹⁸ **Artículo 30°.-** *Del pago de la prima en caso de retiro.* Cuando sin haber disfrutado de sus vacaciones un empleado se retirare del organismo al cual estaba vinculado por motivos distintos de destitución o abandono del cargo, tendrá derecho al pago de la correspondiente prima vacacional.



noviembre de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

SEGUNDO.- Adicionase el numeral tercero de la parte resolutive de sentencia de fecha 27 de noviembre de 2012, en el sentido de condenar a la demandada a reconocer y pagar al actor a título de **compensación en dinero las vacaciones no disfrutadas** y la **prima de vacaciones**, en los términos descritos en la parte motiva de este proveído.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Consejera

GERARDO ARENAS MONSALVE

CARMELO PERDOMO



CUÈTER

Consejero

Consejero

Adicionase el numeral tercero de la parte resolutive de sentencia de fecha 27 de noviembre de 2012, en el sentido de condenar a la demandada a reconocer y pagar al actor a título de compensación en dinero las vacaciones no disfrutadas, la suma correspondiente a veinte (20) días de salario por los años 2004 y 2005, tomando como salario el valor pactado en cada uno de los contratos de las anualidades antes referidas. Así mismo se le reconozca y paguen proporcionales las correspondiente al año 2006, en virtud a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 955 de noviembre 10 de 2005. Y en cuanto a la prima de vacaciones, se condena a la demandada a pagarle al actor la suma equivalente a veinte (20) días de salario por los años antes mencionados, es decir, 2004 y 2005.



Argumento que niega las vacaciones.

En ese sentido, las vacaciones constituyen un descanso remunerado a que tiene derecho todo trabajador, para que pueda recuperar las energías gastadas en la actividad que desempeña y atienda su labor con mayor eficiencia luego de su descanso. Además, tiene por finalidad proteger su salud física y mental y darle un espacio al empleado para que realice otro tipo de actividades que permitan su desarrollo integral como persona, tanto en su familia como en la sociedad.

No obstante lo señalado en precedencia, las vacaciones son un beneficio que el Legislador ha previsto con el propósito de dar cumplimiento al principio fundamental del descanso necesario previsto en la Carta Política en su artículo 53; empero, tal beneficio no tiene el carácter prestacional pues, no es un auxilio del empleador, como tampoco tiene la condición salarial por cuanto no se recibe como retribución de un servicio prestado, motivo por el cual, no habría mérito para que le sea reconocida la misma al actor, siendo ésta la posición que por parte de esta Corporación de tiempo atrás ha venido estableciendo acerca de las reclamaciones de vacaciones en materia de contrato realidad¹⁹.

¹⁹ Consejo de Estado- Sección Segunda – Subsección “B”, Sentencia de fecha 6 de octubre de 2011, radicado No 25000-23-25-000-2007-01245-01(0493-11).

